

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA PRISÃO PREVENTIVA
À LUZ DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

MARINA BARTLEWSKI MOREIRA DA COSTA

Rio de Janeiro

2017/2

MARINA BARTLEWSKI MOREIRA DA COSTA

**ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA PRISÃO PREVENTIVA
À LUZ DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Monografia apresentada como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito, pela
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito

Orientador(a): Carlos Eduardo Adriano Japiassú

Rio de Janeiro

2017/2

CIP - Catalogação na Publicação

CC837A Costa, Marina Bartlewski Moreira da
a ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA
PRISÃO PREVENTIVA À LUZ DA CORTE INTERAMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS / Marina Bartlewski Moreira da
Costa. -- Rio de Janeiro, 2017.
87 f.

Orientador: Carlos Eduardo Adriano Japiassú.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. princípio da proporcionalidade. 2. prisão
provisória. 3. prisão preventiva. 4. Corte
Interamericana de Direitos Humanos. 5. medida
cautelar. I. Japiassú, Carlos Eduardo Adriano ,
orient. II. Título.

MARINA BARTLEWSKI MOREIRA DA COSTA

**ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA PRISÃO PREVENTIVA
À LUZ DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade Nacional de
Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação
da Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Profa. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú:

Membro da Banca:

Membro da Banca:

RIO DE JANEIRO

2017 / 2º Semestre

AGRADECIMENTOS

Chegar até aqui não foi fácil, nessa caminhada contei com apoio e carinho das pessoas que me cercam. Assim, gostaria de agradecer, primeiramente aos meus pais, Sabine e Francisco, que me deram sempre, todo amor e apoio possível e sempre estiveram ao meu lado nas conquistas e dificuldades. Sem vocês, nada seria possível, obrigada por sempre investirem, (por mais difícil que fosse) na minha educação, na minha formação, e, se hoje me formo em uma universidade federal, é graças ao esforço que fizeram e apoio que sempre me deram.

À minha irmã Betina, agradeço por ser meu porto seguro, por ser a melhor irmã que poderia ter. Obrigada por apenas ser e existir. Sem seu carinho, apoio e força, certamente não chegaria até aqui.

Aos meus avós Alda e Antônio, agradeço pelo amor incondicional, pelos domingos reconfortantes e pela compreensão da minha constante falta de tempo para focar na faculdade.

À minha avó Karin, agradeço a luz constantemente emitida, a força que me dá, mesmo que de outro plano. Você é meu exemplo de mulher guerreira e batalhadora, minha inspiração.

À Lena, agradeço por sempre acreditar em mim, desde criança quando me obrigava a fazer o dever de casa até hoje na conclusão de mais uma etapa, a faculdade. Sem sua alegria de viver, a minha vida seria muito mais cinza.

Agradeço ainda minha prima e amiga na faculdade Tainá. Obrigada por todas as ajudas e trocas na FND e na vida.

Às minhas amigas Yasmin e Silvia, agradeço por sempre me ajudarem no que fosse preciso ao longo desses cinco anos de FND, sem vocês esses anos teriam sido muito mais difíceis.

Às minhas primas queridas e meus amigos, obrigada por serem tão queridos e especiais. Cada um tem uma importância enorme na minha vida e no meu crescimento pessoal, amo vocês.

Agradeço ainda ao Greg Andrade, advogado, por ter concedido seu tempo para entrevista e enriquecer o trabalho. Obrigada por falar tão abertamente da sua vida e por ser um exemplo de luta e superação apesar de todas as dificuldades.

Por último, gostaria de agradecer à Flávia Sanna e Carlos Eduardo Adriano Japiassú por serem pessoas de luz que a vida colocou no meu caminho, a vocês todo meu carinho.

RESUMO

A presente monografia aborda o princípio da proporcionalidade na aplicação da prisão preventiva no Brasil e suas consequências sociais e no campo da violação dos direitos humanos. Para tanto, será feito uma análise da prisão preventiva e da proporcionalidade como um todo e sua colocação no sistema penal brasileiro. Além disso, será realizada uma análise comparativa entre o tratamento dado pela CIDH em dois casos na América Latina e a realidade brasileira por meio de uma entrevista realizada com advogado criminalista e ex-detento Greg Andrade. No primeiro capítulo será apresentado o conceito de prisão provisória e seus três tipos, aprofundando-se na prisão preventiva e seus princípios norteadores. Ao final do primeiro capítulo e dando início ao segundo será tratado o princípio basilar da prisão preventiva, o princípio da proporcionalidade e seus três subprincípios. O terceiro capítulo aborda as decisões da CIDH, onde será feita análise de relatórios da Comissão em dois casos específicos. Por fim, no quarto capítulo as decisões e orientações da Comissão são contrastadas com a realidade brasileira apresentada por uma entrevista realizada com um advogado criminalista que já viveu de perto a realidade carcerária.

Palavras-chave: princípio da proporcionalidade; prisão provisória; prisão preventiva; medida cautelar; Corte Interamericana de Direitos Humanos; direitos humanos.

ABSTRACT

This work addresses the principle of proportionality in the application of preventive detention in Brazil and its social consequences and in the field of human rights violations. An analysis of the concept of preventive detention and proportionality as a whole and its placement in the Brazilian penal system will be made. In addition, a comparative analysis will be carried out between the treatment given by the IACHR in two cases in Latin America and the Brazilian reality through an interview with criminal lawyer and former convict, Greg Andrade. The first chapter will address the three kinds of provisional detention and further explore the concept of preventive detention and its guiding principles. The basic principle of preventive detention will be addressed at the end of the first chapter and the second chapter will address the principle of proportionality and its three subprinciples. The third chapter presents the decisions of the IACHR, in which an analysis of the decisions of the Commission in two specific cases will be carried out. Finally, in the fourth chapter, the decisions and guidelines of the Commission are contrasted with the Brazilian reality, illustrated by an interview with a criminal lawyer who has experienced the prison system closely.

Keywords: principle of proportionality; provisional detention; preventive detention; provisional measure; Inter-American Court of Human Rights; human rights

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. PRISÃO PROVISÓRIA	14
1.1 PRISÃO PROVISÓRIA E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL	14
1.2 PRISÃO PROVISÓRIA E SUAS ESPÉCIES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	22
1.2.1 PRISÃO EM FLAGRANTE	23
1.2.2 PRISÃO TEMPORÁRIA	24
1.2.3 PRISÃO PREVENTIVA	26
1.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PRISÃO PREVENTIVA	27
1.3.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	27
1.3.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	29
1.3.3 PRINCÍPIO DA JURISDICIONALIDADE	31
1.3.4 PRINCÍPIO DA TEMPORARIEDADE/PROVISORIEDADE	33
2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	35
2.1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA PROPORCIONALIDADE	35
2.2 SUBPRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE	41
2.2.1 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO	41
2.2.2 PRINCÍPIO DA NECESSIDADE	43
2.2.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO	45
3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DE ACORDO COM O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS	46
3.1 PRISÃO PROVISÓRIA E PROPORCIONALIDADE À LUZ DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	46
3.2 CASO CHAPARRO ÁLVAREZ E LAPO ÍÑIGUEZ VS. EQUADOR	47
3.3 CASO BAYARRI VS. ARGENTINA	55
4. ORIENTAÇÕES DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	60
4.1 ORIENTAÇÃO QUANTO ÀS CONDIÇÕES DA PRISÃO PREVENTIVA	63
4.2 ORIENTAÇÃO QUANTO À ERRADICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA	66
4.3 A PRISÃO NA PRÁTICA: UMA ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA DO ENCARCERAMENTO – ENTREVISTA COM GREG ANDRADE	69
CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	78
ANEXO 01	83

INTRODUÇÃO

Atualmente vivemos em uma sociedade extremamente complexa, na qual a evidente crise de valores gera uma banalização excessiva da violência e suas consequências, tanto por parte da sociedade quanto por parte do Estado. Nesse contexto, surge um clamor enorme em torno de medidas para garantir a segurança e acredita-se que essa será alcançada através da prisão. Essa ideia de que a prisão traz a segurança e a paz social é trazida e reafirmada constantemente pelo Estado através da teoria tradicional da pena.

Dentre os principais autores que discorrem sobre as teorias da pena, Juarez Cirino dos Santos, por meio de sua teoria criminológica da materialista dialética da pena, faz uma análise histórica e político-econômica da aplicação da teoria geral da pena e usa o capitalismo como fundamento. Para essa teoria, as funções declaradas da pena (a serem tratadas a seguir), não ocorrem. Para Juarez, “[...] retribuir, como método de expiar ou de compensar um mal (o crime) com outro mal (a pena), pode corresponder a uma crença – e, nessa medida, constituir um ato de fé –, mas não é democrático, nem científico”¹.

Segundo a teoria geral da pena criticada por Juarez Cirino dos Santos, a pena cumpre três funções declaradas, que são; (i) a pena como retribuição de equivalência, isto é, o injusto cometido será retribuído com um denominado mal “justo”. Essa ideia é trazida pelo capitalismo, onde tudo na sociedade cria uma relação de equivalência entre si, tem-se dessa forma as relações de trabalho/capital, mercadoria/preço. Seguindo essa linha de raciocínio, assim como o preço de uma mercadoria será equivalente ao trabalho e ao tempo gasto para produzi-la, é possível entender a relação de equivalência entre crime e pena. Pena essa, que será calculada em tempo, que é um direito universal. Partindo da premissa de que tempo é dinheiro, ao tirar tempo do condenado, tira-se dinheiro e assim, retribui-se equivalentemente o crime cometido.

¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 5ª ed. Curitiba: Conceito, 2012, p. 421.

(ii) Prevenção Especial como garantia das relações sociais. Essa segunda função, de acordo com a teoria tradicional, é dividida em positiva e negativa. A positiva trata a pena como forma de correção do indivíduo, uma medida coercitiva. Já a negativa, é a neutralização do condenado, ou seja, a ressocialização do indivíduo, através da ideia de que a pena melhore o preso.

(iii) Prevenção Geral como manutenção da ideologia dominante. Essa terceira e última função da pena, de acordo com a teoria clássica, traz a ideia da ideologia dominante, defendida e imposta pelo Estado, que tem por base amedrontar futuros criminosos através das penas e busca reestabelecer a confiança da sociedade no poder punitivo do Estado, para assim, garantir a ordem social. A ideologia defendida pelo Estado está mais uma vez ligada à sociedade capitalista, na qual o homem é um ser individual e precisa do trabalho para subsistir e, para isso, deve seguir as regras impostas pelo Estado e não cometer nenhum ato ilícito, para que não sofra com as sanções impostas pelo poder punitivo do Estado.

Para Cezar Roberto Bittencourt, a teoria geral da pena não constitui uma alternativa real que satisfaça as atuais necessidades da teoria da pena. O autor critica também a pretensão do Estado de impor ao indivíduo, de forma coativa, determinados padrões éticos, algo inconcebível em um Estado social e democrático de Direito. Assim, Bittencourt entende que é igualmente questionável a eliminação dos limites do *ius puniendi*, tanto formal como materialmente, fato que conduz à legitimação e desenvolvimento de uma política criminal carente de legitimidade democrática².

No entanto, é sabido que a pena não cumpre nenhuma de suas funções, pelo contrário, garante a estagnação da atual situação, em que o cárcere cria no condenado uma série de questões e problemas irreversíveis, tais quais a perda de laços afetivos com família e amigos, gera a autoimagem de criminoso que está acostumado a sofrer sanção e, com o encarceramento, ensina a viver no cárcere, onde corrupção e violência são atividades comuns do dia a dia. Para Salo de Carvalho, “[...] os discursos de justificação (teorias da pena), invariavelmente, naturalizam as consequências perversas e negativas da pena como realidade concreta”³. Pode-se concluir que quem entra no sistema prisional sai pior do que entrou, com distúrbios

² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 88.

³ CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro – Fundamentos e Aplicação Judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013

psicológicos, entre outros problemas. Essa pessoa muito provavelmente voltará a cometer crimes, conforme mostram os dados de reincidência, que apresentam a média ponderada de 24,4% em estudo feito em 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça⁴. Mantêm-se assim a criminalização das classes mais baixas e as desiguais relações sociais.

Nesse sentido, a reprodução das funções da pena apenas contribui com o agigantamento do sistema penal repressor e não para a sua limitação, o que reforça o pensamento de que antes de instaurar-se uma realidade, é necessário criar o seu discurso legitimador.

Dessa forma, o direito penal e as teorias da pena legitimam a realidade de exclusão dos indesejados e encarceramento em massa, agem como legitimadores do uso e da expansão do estado de polícia e do poder punitivo, ao mesmo tempo que reafirmam o uso do cárcere como resposta aos conflitos sociais. Conforme coloca Beccaria, “A agregação dessas mínimas porções possíveis forma o direito de punir, tudo o mais é abuso e não justiça, é fato, mas não é direito”⁵.

Dentro dessa perspectiva, e de acordo com levantamento feito em 2014 pelo INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), o Brasil apresenta atualmente a quarta maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas dos EUA, China e Rússia, chegando quase aos 700.000 presos, gerando uma taxa de mais de 300 presos para cada 100 mil habitantes. Infelizmente a realidade mostra que, também de acordo com a pesquisa supracitada, o país tem visto o incremento da sua população prisional na ordem de 7% ao ano, aproximadamente⁶.

⁴ IPEA. Relatório final de atividades da pesquisa sobre reincidência criminal, conforme Acordo de Cooperação Técnica entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Ipea (001/2012) e respectivo Plano de Trabalho. Rio de Janeiro: Ipea, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>

⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Lucia Guidicini & Alessandro Berti Contessa. Rev. Roberto Leal Ferreira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 43.

⁶ INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN – Dezembro 2014**. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

Ainda mais alarmante é o dado de que 40% desses presos são presos provisórios. Isso significa que quase 300.000 pessoas potencialmente inocentes estão presas, violando assim, diretamente, o princípio da presunção de inocência do artigo 5º, inciso LVII da CF/88, uma vez que sofrem com as consequências do encarceramento antes mesmo de serem julgados. Por serem dados tão significativos e por vezes ignorados, a prisão provisória e seus aspectos, formas de aplicação e princípios, devem ser analisados e discutidos, a fim de se garantir direitos a esses presos, que vivem no limbo judicial entre a situação de preso e inocente.

A prisão provisória, especificamente a prisão preventiva, é uma medida cautelar, isto é, uma medida que têm o objetivo de neutralizar os efeitos maléficos do decurso do tempo sobre os direitos, como afirma Gustavo Badaró⁷.

Ainda, segundo o autor, essas medidas devem servir de apoio ao processo, para que ele produza resultados úteis e justos, garantindo dessa forma o bom andamento do processo e o respeito aos direitos do acusado. No entanto, a prisão preventiva vem sendo utilizada pelo Estado como forma de antecipação da pena, equiparando-se em condição e tempo à pena privativa de liberdade, como será apresentado ao longo do trabalho.

Ainda na ideia de que a prisão preventiva é uma medida cautelar e deve ser tratada como tal, Ferrajoli exclui o retribucionismo da teoria clássica da pena, que enxerga a pena com um fim em si mesmo. O autor estabelece limites ao poder de punir do Estado, uma vez que na relação processual o acusado é a parte mais frágil e se encontra em condição menos favorável. Dessa forma, a prisão preventiva não deve ser equiparada à pena, e ambas devem ser proporcionais ao caso em concreto. Ele entende como fundamental o equilíbrio entre a atividade do estado no exercício do seu direito concreto de punir e as garantias do acusado na persecução penal⁸.

⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo** v. 103 p. 381 - 408 jan./dez. 2008.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 320

Dentro desta perspectiva, é incontestável a importância de se discutir o sistema processual penal, a fim de trazer à tona violações de direitos e princípios. A partir desta breve análise do não funcionamento do sistema penal brasileiro, o presente trabalho tem como objetivo apresentar e analisar o princípio da proporcionalidade, no qual é apoiada a prisão provisória, mais especificamente a prisão preventiva. Adiante será apresentado o instituto da prisão provisória, qual sua fundamentação jurídica e quais são seus princípios fundamentais, para depois discutir sua proporcionalidade e aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1. PRISÃO PROVISÓRIA

Impor a um homem uma grave pena, como é a privação da liberdade, uma mancha em sua honra, como é a de se haver estado na prisão, e isso sem que fosse provado que ele é culpado e com probabilidade de que seja inocente, é algo que está muito distante de justiça⁹.

1.1. Prisão provisória e sua aplicação no Brasil

O Código de Processo Penal brasileiro foi promulgado em 1941 por Getúlio Vargas em plena era ditatorial do Estado Novo. Durante a era Vargas, inúmeras mudanças ocorreram, partidos foram suprimidos, o legislativo, suspenso, a censura de imprensa, estabelecida, as funções administrativas foram centralizadas e as liberdades civis deixaram de existir. Foi nesse contexto de governo fascista que surgiu o instituto da prisão provisória que temos hoje no ordenamento jurídico brasileiro.

Devido ao contexto histórico em que se encontra, é possível entender que a prisão provisória caminha diametralmente oposta aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana. Abaixo, um trecho do que escreveu Francisco de Campos (ministro da justiça de Getúlio Vargas) ao então presidente, que demonstra o pensamento da época:

(...) impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. (...) Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. (...) É restringida a aplicação do *in dubio pro reo*¹⁰.

⁹ ZAFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 113.

¹⁰ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941.

Dessa forma, a prisão provisória foi criada como instrumento de um modelo processual inquisitório, fundado na periculosidade do imputado e não na presunção de inocência. Assim, o normal era o acusado responder ao processo criminal preso, uma vez que não existiam medidas alternativas à prisão e nem era do interesse do Estado que as houvessem¹¹.

A prisão provisória tem por objetivo a conveniência da instrução criminal. A prisão cautelar é uma medida processual e deve ser utilizada apenas como última *ratio*, nos casos em que há risco de fuga e perda de provas ou coação de testemunhas, isto é, quando há risco processual.

A partir dessa ideia, por se tratar de retirar a liberdade de uma pessoa que sequer foi julgada e, segundo o princípio da presunção de inocência, tem status jurídico de inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A prisão provisória deve ser tratada com extremo cuidado e atenção, para não violar ainda mais direitos fundamentais e causar mal desnecessário, uma vez que o bem tutelado é a liberdade, garantida pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LIV, que estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”¹².

Assim, como coloca Roxin¹³, o direito processual penal traz em si duas tendências opostas, uma que busca a aplicação correta e justa da sanção penal cabível e outra que busca a proteção dos direitos individuais. No entanto, apesar de serem objetivos opostos, devem caminhar juntos para atingir o objetivo principal do direito processual penal, que é a justa aplicação do direito penal da maneira menos onerosa aos direitos individuais das partes envolvidas.

¹¹ BARLETTA, Junya Rodrigues. A prisão provisória como medida de castigo e seus parâmetros de intolerabilidade à luz dos direitos humanos. 2014. – Tese (Doutorado em Direito) – PUC, Rio de Janeiro, 2014, p. 226. Disponível em: http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0921361_2014_completo.pdf

¹² BRASIL. Constituição (1988). Artigo 5º, inciso LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

¹³ ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000, p. 4.

A prisão provisória, e principalmente a prisão preventiva, deve sempre ser considerada a *última ratio*, dessa forma, torna-se evidente a necessidade de se examinar o cabimento de outras medidas cautelares menos gravosas que o aprisionamento e que garantam da mesma forma o andamento do processo.

De acordo com o Código de Processo Penal, no artigo 312, a prisão preventiva pode ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. É possível perceber assim, a necessidade da existência do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* como fundamentos essenciais para a aplicação da prisão provisória¹⁴. Sendo eles, respectivamente, o indício de autoria e da materialidade do crime e o perigo de natureza processual, que é o fundamento para a necessidade da prisão.

O *fumus commissi delicti* trata dos sinais de cometimento do delito, isto é, para a análise do cabimento ou não da aplicação de prisão preventiva, é necessário que exista aparência contundente do cometimento de conduta delitiva por parte do acusado. Trata-se da verificação da existência de indícios de materialidade de conduta tipificada como crime pela pessoa investigada, que será submetida ou não à medida cautelar prisional.

Já o *periculum libertatis* é o fundamento que analisa a necessidade da aplicação de medida cautelar tendo em vista o possível perigo da liberdade da pessoa em relação ao processo. Por ser uma medida processual, só deve haver cautela quando a tutela final do processo correr risco. Dessa forma, o *periculum libertatis*, nada mais é que a possibilidade concreta da liberdade do investigado causar dano para o bom andamento do processo.

¹⁴ SIQUEIRA, Tatiana Paula Cruz de. Um breve estudo sobre a natureza jurídica das prisões cautelares no processo penal. **Lex Magister**, São Paulo, 27/10/2015. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_27036953_UM_BREVE_ESTUDO SOBRE_A_NATUREZA_JURIDICA_DAS_PRISOES_CAUTELARES__NO_PROCESSO_PENAL.aspx

Nas palavras de Aury Lopes Jr, o fundamento *periculum libertatis* é interpretado pelos tribunais como justificativa da prisão sob o prisma de assegurar a ordem pública que, segundo o autor, trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-a indevidamente como medida de segurança pública, trazendo mais uma vez a ideia equivocada de que a prisão garante a segurança e paz social.

Nas palavras do autor:

Em primeiro lugar, o *periculum libertatis* não é requisito das medidas cautelares, mas sim o seu fundamento.

(...)

Aqui o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo por sua conduta (em relação à coleta de provas). O perigo não brota do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo. Não é o tempo que leva ao perecimento do objeto.

O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver o *periculum in mora* no processo penal assumir o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição de prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo.

Logo, o fundamento é o *periculum libertatis*, enquanto o perigo que decorre do estado de liberdade do imputado¹⁵.

Para Tourinho Filho, a prisão cautelar só se justifica quando presentes as circunstâncias de “conveniência da instrução criminal” e também “asseguramento da aplicação da lei penal”. Dessa forma, entende-se que qualquer prisão provisória que ignore essas circunstâncias deve ser considerada ilegítima e arbitrária, uma vez que viola diretamente o princípio da presunção de inocência. Assim, para o autor, a prisão preventiva só poderá ser admitida para os fins do processo penal¹⁶.

¹⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2014, p.76.

¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal** – v. 3, 34ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 550.

Ainda, em análise ao artigo 312 do CPP, pode-se extrair a expressão “ordem pública” como fundamento para a decretação da prisão preventiva. No entanto, essa expressão, por ser um termo extremamente vago, acaba por ser uma “carta branca” para a atuação arbitrária do Estado, livrando-se assim das amarras trazidas pela necessidade de fundamentação empírica.

Para Gustavo Badaró, a utilização de tal expressão gera um risco para os direitos humanos e a liberdade individual, atuando como resposta ao clamor social por segurança. Nas palavras do autor:

A expressão ‘ordem pública’ é vaga e de conteúdo indeterminado. A ausência de um referencial semântico seguro para a ‘garantia a ordem pública’ coloca em risco a liberdade individual. A jurisprudência tem se valido das mais diversas situações reconduzíveis à garantia da ordem pública: ‘comoção social’, ‘periculosidade do réu’, ‘perversão do crime’, ‘insensibilidade moral do acusado’, ‘credibilidade da justiça’, ‘clamor público’, ‘repercussão na mídia’, ‘preservação da integridade física do indiciado’. Tudo cabe na prisão para garantia da ordem pública¹⁷.

Dessa forma, a prisão provisória é utilizada erroneamente como forma de resposta aos conflitos sociais latentes, excluindo da sociedade visível os indesejados. As maiores vítimas do encarceramento, conforme dados do INFOPEN¹⁸, são jovens negros de até 29 anos, que somam 61,67% dos presos no Brasil. Dessa forma, a prisão provisória tem sua função deturpada, servindo como antecipação da pena para uma determinada classe, provando mais uma vez que o sistema prisional brasileiro é extremamente seletivo, como ressalta o juiz Alexandre Bizzotto no livro “Processo, Penas e Garantias”:

Propugna-se ainda a aplicação da prisão cautelar para que seja dada uma pronta resposta à sociedade, fazendo com que a medida cautelar tenha o efeito antecipatório da pena privativa de liberdade.

(...)

O discurso de lei e ordem, edificado a partir da estratégia do populismo penal, busca responder ao medo da criminalidade de forma demagógica com a aplicação de soluções duramente repressivas sem conferir maior dignidade às garantias aos direitos fundamentais¹⁹.

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 733.

¹⁸ INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN – Dezembro 2014**. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

¹⁹ CHOUKR, Ana Claudia Ferigato; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano; PRADO, Geraldo (Orgs.). **Processo, Penas e Garantias**: Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 36-37.

Dessa forma, o Estado de Polícia, criado dentro dos sistemas penais aparentemente democráticos, buscam em sua realidade abafar os direitos humanos, permitindo assim, que o poder punitivo do Estado reafirme constantemente sua autoridade e seletividade em relação aos “inimigos do Estado”²⁰.

Assim, podemos encontrar na prisão provisória o desequilíbrio do sistema penal em relação à tutela do preso e o poder coercitivo do Estado. No entanto, o poder punitivo, na maior parte das vezes, é o que vigora em detrimento dos direitos humanos, reafirmando constantemente a violência e exclusão social²¹.

Em 2011 foi decretada a Lei 12.403/11, conhecida como lei das medidas cautelares, que estabelece as medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP, com objetivo de amenizar o encarceramento em massa. No entanto, a lei serve apenas para reforçar a seletividade do sistema penal, uma vez que, por exemplo, aumenta o número de crimes afiançáveis. Crimes que antes não eram afiançáveis, e levavam à prisão provisória imediata, a partir da lei são afiançáveis, no entanto, a maioria dos acusados são de classe baixa e não tem dinheiro para pagar a fiança, e dessa forma, continuam presos. Outra medida implementada pela lei são as tornozeleiras eletrônicas; antes, os presos que poderiam responder em liberdade, agora tem sua liberdade restrita, uma vez que precisam usar as tornozeleiras. Dessa forma, por mais que o objetivo da lei seja um, seu resultado é infelizmente, o oposto – como evidencia o juiz Marcelo Semer:

A ideia da tornozeleira seria interessante se tirasse as pessoas da prisão mas o que se faz, em via de regra, é levar um pouco de prisão para a liberdade. Naqueles casos em que a pessoa vai ser solta, o juiz manda pôr a tornozeleira para a pessoa não ficar totalmente solta²².

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 172.

²¹ BARLETTA, Junya Rodrigues. A prisão provisória como medida de castigo e seus parâmetros de intolerabilidade à luz dos direitos humanos. 2014. – Tese (Doutorado em Direito) – PUC, Rio de Janeiro, 2014, p.221. Disponível em: http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0921361_2014_completo.pdf Acesso em: 10/09/2017

²² DIP, Andrea. Prende primeiro, pergunta depois, **Agência Pública**, 4 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://apublica.org/2015/02/presosprovisorios/> Acesso em: 13/09/2017

Em análise ao artigo 319 do CPP, que determina o uso das medidas cautelares, é possível perceber que muito pouco do que é estipulado se aplica na realidade do sistema penal brasileiro. A Lei 12.403/11 traz inovações, que estabelecem outras formas que não a privação de liberdade. Dessa forma, rompe-se com o binômio “prisão-liberdade”, que, até então, era a única opção existente no CPP de 1941.

Segundo Aury Lopes Jr., não se trata de usar as medidas cautelares quando não estiveram presentes os fundamentos da prisão preventiva. O autor entende que, por serem medidas cautelares, devem ser aplicadas quando presentes o *periculum libertatis* e o *fumus commissi delicti*. Dessa forma, a medida alternativa deve ser utilizada, quando for cabível a prisão preventiva, mas em respeito e observação ao princípio da proporcionalidade; se houver uma medida menos onerosa a ser aplicada, essa deverá ser a solução.

Nas palavras de Aury:

Não se trata de usar tais medidas quando não estiverem presentes os fundamentos da prisão preventiva. Nada disso. São medidas cautelares e, portanto, exigem a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, não podendo, sem eles, serem impostos.” Ou seja, “A medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas em razão da proporcionalidade, houver uma outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação²³.

De acordo com Gustavo Badaró, deve-se identificar no rol de medidas cautelares do artigo 319 uma escala de intensidade das restrições de direitos, para que assim, o julgador possa encontrar a medida mais adequada de acordo com o caso concreto e, quando estiver presente, a necessidade de aplicação de uma medida cautelar²⁴.

²³ JUNIOR, Aury Lopes. O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas: Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 125.

²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva – Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. In: FERNANDES, Og. (Coord.). **Medidas cautelares no processo penal**: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Uma prisão que pela Constituição é excepcionalíssima acaba por ser, na prática, a regra, e serve como uma forma antecipada de pena e de contenção social. Nesse contexto, a análise da prisão provisória faz-se extremamente urgente. Em recente pesquisa feita pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) em parceria com o Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada)²⁵ constatou-se que, em 37,2% dos casos em que há aplicação de prisão provisória, os réus não são condenados à prisão ao final do processo ou recebem penas menores que seu período de encarceramento inicial.

Ainda com objetivo de diminuir o problema do encarceramento em massa, em 2015 a CNJ editou a Resolução 213/2015, que determina a implementação da audiência de custódia no prazo de 90 dias. Com essa implementação, tem-se como objetivo que o preso seja apresentado ao juiz em 24 horas, para que na audiência de custódia o juiz (que não é o juiz do caso) defina se, (i) se será relaxada; (ii) se a prisão será concedida a liberdade provisória; ou por último (iii) será convertida a prisão em flagrante em preventiva.

A prisão provisória, por ser uma medida cautelar e não uma pena, não é cumprida em estabelecimento prisional, e sim em centros de detenção provisória. Esses centros, na maioria das vezes, não têm estrutura para comportar a quantidade de presos provisórios existentes. Dessa forma, na maioria dos casos, o preso provisório tem um tratamento mais degradante que o preso condenado.

A título de exemplo, um estudo feito pelo ITTC (Instituto Terra, Trabalho e Cidadania)²⁶, mostra que o centro de detenção de Praia Grande em São Paulo tem capacidade para 512 presos, no entanto abriga 1.600 pessoas – mais que o dobro de sua capacidade. Além da superlotação, os centros de detenção, assim como os presídios, têm estruturas de saneamento básico precário, o que faz com que os presos fiquem mais expostos a doenças do que o resto da população, como mostram os dados alarmantes da Organização Mundial da Saúde em recente pesquisa. A taxa de incidência da tuberculose no Brasil é de 33 casos para 100 mil habitantes; já entre os detentos, esse indicador sobe para 932 ocorrências.

²⁵ IPEA. Relatório final de atividades da pesquisa sobre reincidência criminal, conforme Acordo de Cooperação Técnica entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Ipea (001/2012) e respectivo Plano de Trabalho. Rio de Janeiro: Ipea, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>

²⁶ COMO se prende no Brasil. Produção: Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. São Paulo: JOÃO E MARIA DOC, 2014. Disponível em: <http://itc.org.br/como-se-prende-no-brasil/> Acesso em: 10/09/2017

Além das questões estruturais, o preso provisório sofre com a falta de serviços, como atendimento médico, psicológico, acesso à educação, que são oferecidos aos presos em cumprimento de pena, comprovando assim, a existência do limbo em que se encontram os presos provisórios.

Diferentemente dos presos condenados, que são tutelados pelo Estado, mesmo que de forma precária, e em tese têm acesso à saúde e direitos previstos em lei, os presos provisórios vivem em um limbo judicial, uma vez que têm status jurídico de inocentes, porém vivem a realidade carcerária, sofrendo as consequências da pena punitiva antes de serem julgados.

Assim, o preso provisório é afastado do convívio com a família, perde o emprego e é visto pela sociedade como culpado, seguindo o raciocínio do oposto constitucional, criando a presunção de culpabilidade, conforme muito bem colocado pelo juiz Marcelo Semer:

Manter uma pessoa sob regime de detenção preventiva por um período prolongado pode criar uma situação de fato na qual os juízes estejam muito mais propensos a prolatar sentenças condenatórias para, de certa forma, avalizar sua decisão de ter encarcerado o mesmo acusado durante o juízo. Assim, uma eventual sentença absolutória seria um reconhecimento de que se privou de liberdade por muito tempo um inocente. Desta perspectiva, a prolongada detenção sem julgamento de uma pessoa constitui, de certa forma, uma presunção de culpabilidade²⁷.

1.2. Prisão provisória e suas espécies no ordenamento jurídico brasileiro

Para adentrar o tema e tratar do encarceramento desarrazoado pela prisão provisória e as violações de direitos fundamentais, insta falar mais rapidamente sobre as três espécies de prisão provisória existentes no ordenamento jurídico brasileiro, dando enfoque principal e maior análise à prisão preventiva, tema do presente trabalho.

²⁷ DIP, Andrea. Prende primeiro, pergunta depois, **Agência Pública**, 4 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://apublica.org/2015/02/presosprovisorios/> Acesso em: 26/09/2017

A prisão provisória é uma medida cautelar, ou seja, uma medida que tem por objetivo assegurar o bom andamento do processo. Diante disso, Gustavo Badaró entende que deve haver duas premissas quanto ao tratamento do acusado no curso do processo. A primeira premissa diz respeito à compatibilidade do princípio da presunção de inocência com a prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, desde que a prisão tenha natureza cautelar. A segunda premissa, para Badaró, é que é incompatível com o princípio da presunção de inocência a prisão que antes do trânsito em julgado consistir em execução penal provisória ou antecipada, ou seja, que sirva de antecipação da pena privativa de liberdade (perda da natureza acautelatória)²⁸.

Para Tourinho Filho, é preciso ter outras medidas cautelares destinadas a evitar o encarceramento preventivo. Assim como o *contrôle judiciaire* da França, as medidas cautelares alternativas à prisão tem como objetivo torná-la a última medida possível (última ratio), para que seja respeitado, principalmente, o princípio da presunção de inocência garantido pela Constituição Federal de 1988²⁹.

1.2.1 Prisão em flagrante

A prisão em flagrante é aquela que consiste na restrição da liberdade de alguém, independente de ordem judicial, desde que esse alguém esteja cometendo, tenha acabado de cometer, ou seja encontrado em situação que faça presumir o cometimento da infração penal de acordo com artigo 302 do CPP. Quando há prisão em flagrante, o preso deve ser apresentado dentro de 24 horas ao juiz competente, para a audiência de custódia, também inserida pela lei 12.403/11, em que o juiz poderá relaxar a prisão (soltar caso entenda que não há crime ou indícios de materialidade), converter em prisão preventiva caso estejam presentes seus fundamentos (dessa forma o acusado responderá ao processo preso) ou por último definir pela liberdade provisória, em que o acusado responderá ao processo em liberdade.

²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo** v. 103, n. 408, jan./dez. 2008, p. 381.

²⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal** – v. 3. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 430

Na visão de Aury Lopes Jr., a prisão em flagrante não deve ser considerada uma medida cautelar, e sim uma medida pré-cautelar. A prisão em flagrante “não é uma medida cautelar pessoal, mas sim pré-cautelar, no sentido de que não tem objetivo garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz e a partir disto, este deverá decidir sobre adotar ou não uma verdadeira medida cautelar³⁰.

Na visão de Ferrajoli, a prisão em flagrante como medida cautelar pessoal é um ato de força e arbítrio do poder coercitivo do Estado, e contradiz diretamente o princípio *nulla poena sine judicio* (nenhuma pena pode ser imposta sem processo; nenhuma pena pode ser imposta senão pelo juiz)³¹.

1.2.2 Prisão temporária

Essa forma de prisão é regulamentada pela lei 7.960/89 e é uma espécie de prisão cautelar decretada em casos específicos, elencados no artigo 1º da lei. Terá como duração máxima o prazo de cinco dias, ou trinta dias em casos de crimes hediondos. Ambos os períodos podem ser prorrogados por igual tempo em caso de comprovada e extrema necessidade, sendo apenas possível a decretação por juiz mediante representação de autoridade policial ou requerimento do Ministério Público.

A prisão temporária, da mesma forma que se fez com as demais modalidades de prisão, também passa pelo filtro dos requisitos e das principais características das medidas cautelares.

³⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade com a Constituição** v.1. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 63

³¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 446

Para Tourinho Filho:

Não obstante se diga ser possível a decretação da prisão temporária havendo fundadas razões para supor seja o indiciado autor ou participe, com base em qualquer prova admitida na legislação processual penal, desde que ele não tenha residência fixa ou não forneça elementos necessários para o esclarecimento da sua identidade, indaga-se: se a prisão não é imprescindível as investigações, por que o encarceramento por 5 dias do indiciado sem residência fixa? Se a prisão não é imprescindível as investigações policiais, por que a prisão por 5 dias daquele que “não forneceu elementos necessários ao esclarecimento da sua identidade?”³²

Aury Lopes Jr³³ entende que a lei deve ser analisada de forma atenta, uma vez que o inciso I e III não podem de forma isolada justificar a prisão temporária. Para o autor, é necessário que haja a combinação dos dois incisos. O inciso II, de nenhuma maneira poderá ser utilizado para justificar a prisão temporária, uma vez que determina a prisão pelo fato de o indiciado não ter residência fixa ou não fornecer elementos necessários para sua identificação.

Dessa forma, na concepção do autor, a prisão temporária só poderá ser decretada quando estiverem presentes as situações previstas nos incisos III (quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:[...]) e I (quando imprescindível para as investigações do inquérito policial).

Já a situação descrita no inciso II (quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade) deverá apenas ser utilizada para reforçar o fundamento da prisão, dessa forma, poderá haver prisão temporária pela conjugação dos três incisos. Assim, fica evidente que qualquer outra combinação que não seja os incisos I e III ou I, II e III, não autorizam a prisão temporária³⁴.

³² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal** – v.3. 34ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 539

³³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 645

³⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 645

1.2.3 Prisão preventiva

A prisão preventiva, dentre as outras formas de prisões cautelares, é a mais importante, uma vez que as outras duas, flagrante e temporária, em sua grande maioria, são revertidas em prisão preventiva.

No entanto, essa forma de prisão é a mais controversa, uma vez que, diferentemente das outras, que têm prazo e regras claras, a prisão preventiva flutua sobre princípios e conceitos muitas vezes vagos e subjetivos, como por exemplo o conceito de ordem pública. Conceito esse, definido nas palavras de Aury Lopes Jr, como um conceito vago, indeterminado, que presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante. Ainda, buscando descrever o vago conceito de ordem pública, a decisão do relator Amilton Bueno de Carvalho sobre o habeas corpus 70006140693 de 23/04/2003 do TJRS é muito bem colocada:

A ordem pública, requisito legal amplo, aberto e carente de sólidos critérios de constatação (fruto desta ideologia perigosista) – portanto antidemocrática –, facilmente enquadrável a qualquer situação, é aqui genérica e abstratamente invocada – mera repetição de lei –, já que nenhum dado fático, objetivo e concreto há a sustentá-la. Fundamento prisional genérico, antigarantista, insuficiente, portanto.

No mesmo sentido, Tourinho Filho entende que quando a prisão preventiva é decretada com base no argumento de “garantia da ordem pública”, o encarceramento provisório deixa de ter seu caráter cautelar e torna-se um abuso de autoridade disfarçado. Uma vez que a expressão “ordem pública” diz tudo e não diz nada³⁵.

³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal** – v.3. 34ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 553.

Da mesma forma, Gustavo Badaró entende que quando a prisão provisória é utilizada para “garantir a ordem pública”, perde-se a função cautelar e não se está, como deveria, buscando a conservação de uma situação necessária para assegurar a eficácia do processo e um futuro provimento condenatório. No entanto, está se realizando a antecipação da pena privativa de liberdade³⁶.

Abaixo temos a disposição legal do artigo 312, do CPP de que trata Badaró:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. ([Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011](#)).

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

1.3 Princípios norteadores da prisão preventiva

A prisão preventiva se consubstancia na existência de cinco princípios essenciais que podem ser subdivididos conforme veremos a seguir de acordo com a doutrina brasileira.

1.3.1 Princípio da Presunção de Inocência

A presunção de inocência é princípio fundamental, manifestado de forma implícita no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVII, que garante que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O princípio da inocência é um dos princípios basilares do direito, que visa à tutela da liberdade pessoal, e torna necessária a comprovação de culpabilidade do indivíduo pelo Estado para que seja possível sua limitação. Tourinho Filho, em seu livro, remonta o desenvolvimento histórico do princípio da presunção de inocência:

³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e a proporcionalidade: propostas de mudança. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, n. 408, p. 381-408 jan./dez. 2008, p. 390.

O princípio remonta o art. 9º. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26-8-1789 e que, por sua vez, deita raízes no movimento filosófico- humanitário chamado “Iluminismo”, ou Século das Luzes, que teve à frente, dentre outros, o Marques de Beccaria, Voltaire e Montesquieu, Rousseau. Foi um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e torturas, o acusado era tido como objeto do processo e não tinha nenhuma garantia. Dizia Beccaria que “a perda da liberdade sendo já uma pena, esta só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige” (Dos delitos e das penas, São Paulo, Atena Ed.,1954, p.106).

Há mais de duzentos anos, ou, precisamente, no dia 26-8-1789, os franceses, inspirados naquele movimento, dispuseram da referida Declaração que: “Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable; s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait nécessaire pour s’assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la loi” (Todo homem sendo presumidamente inocente até que seja declarado culpado, se for indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para assegurar sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei).

Mais tarde, em 10-12-1948, a Assembleia das Nações Unidas, reunida em Paris, repetia essa mesma proclamação.

Aí está o princípio: enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente (TOURINHO FILHO, 2009, p. 29-30).

Esse princípio tão fundamental para o respeito aos direitos humanos e essencial para uma sociedade democrática é constantemente desrespeitado. Em recente relatório sobre uso da prisão preventiva nas Américas, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos concluiu que um dos problemas mais graves e generalizados dos países membros da OEA é o uso excessivo, e não como última *ratio*, da prisão preventiva. O abuso dessa medida cautelar evidencia o fracasso na administração da justiça e gera uma situação inadmissível em uma sociedade democrática de direito, na qual o princípio da presunção de inocência deve ser respeitado.

De acordo com Ferrajoli, o que deve ser demonstrado no processo penal é a culpa do acusado e não a sua inocência, que deve ser presumida. Da mesma forma, o autor entende que o princípio da presunção de inocência é o princípio fundamental de civilidade, e ensina que o mesmo deve ser usado em favor da tutela dos inocentes, mesmo que isso custe a impunidade de algum culpado³⁷.

Segundo entendimento do autor italiano, o sistema penal acusatório é aquele no qual há clara separação entre as partes e suas atuações no processo, onde há paridade no debate entre acusação e defesa. Com base nisso, o autor defende que o princípio da presunção de inocência

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 441.

deve ser respeitado no sentido de que o ônus probatório compete exclusivamente à acusação, que deve provar a culpa do acusado, e não esse provar sua inocência. E ao final, o juiz, com base na sua livre convicção, soluciona o caso em questão³⁸.

Ainda, para Ferrajoli o princípio em questão:

É um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável. Isso porque, ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos.³⁹

Para Aury, o princípio da presunção de inocência é o princípio central do processo penal, diz ainda que é possível verificar a qualidade de um sistema penal por meio de uma análise de eficácia e observância do princípio da presunção de inocência⁴⁰.

1.3.2 Princípio da legalidade

O jurista garantista Luigi Ferrajoli criou o sistema de axiomas no processo penal. O autor propõe 10 axiomas, e cada um tutela um valor, como igualdade, liberdade pessoal contra arbitrariedades, direitos e liberdades políticas, certeza jurídica, controle público das intervenções punitivas entre outros⁴¹.

Para Ferrajoli, o segundo axioma remete ao princípio da legalidade através da expressão em latim *nullum crimen, nula poena sine lege*, cujo significado é que não há crime ou pena sem lei anterior que os defina.

Dentro da análise do autor, sobre o princípio da legalidade, há que se fazer uma divisão sob duas óticas. Sendo a primeira o princípio da legalidade ampla, que deve ser entendida como

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 452

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**, Madrid: Ed. Trotta, 1995, p. 549.

⁴⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional** – v. 1. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 177.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 91

uma regra para a igual divisão do poder. Dessa forma, cabe ao juiz julgar como delito o que está reservado ao legislador determinar como crime.

A segunda ótica enxergada por Ferrajoli é a do princípio da legalidade estrita. Nesse ponto, o autor entende o princípio da legalidade estrita como uma regra metajurídica, que forma a linguagem penal. Assim, cabe ao legislador o uso de termos determinados para a definição dos delitos, para que, dessa forma, seja possível a aplicação na linguagem judicial e sirva como predicados verdadeiros dos fatos a serem processualmente comprovados⁴².

Assim, fica evidente a distinção feita pelo autor sobre a divisão do princípio da legalidade, sendo certo que a primeira ótica é dirigida ao juiz como aplicador da lei penal. Já a segunda destina-se ao legislador, que deve pautar-se em seu poder legiferante sob a ótica garantista do processo penal.

Entende-se então a legalidade ampla como um princípio geral do direito público, uma vez que preza pela exigência e vigência de lei penal, e a legalidade estrita como forma de validade da lei e taxatividade da aplicação da mesma. Esta ocupa uma posição central e eminente no sistema de garantias. Assim, segundo Ferrajoli, o princípio da legalidade assegura ao cidadão a garantia da liberdade pessoal, uma vez que só será punível o que está expressamente proibido em lei. E garante ainda a igualdade jurídica perante as leis, com o respaldo de que a aplicação será igual para as ações descritas em lei por quem quer que os tenha cometido.

Nas palavras do autor:

Com tal concepção podem ser obtidos dois efeitos fundamentais da teoria clássica do direito penal e da civilização jurídica liberal. O primeiro é a garantia para os cidadãos de uma esfera intangível de liberdade, assegurada pelo fato de que ao ser punível somente o que está proibido na lei, nada do que a lei não proíba é punível, senão que é livre ou está permitido. [...]

O segundo é a igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei: as ações ou os fatos, por quem quer que os tenha cometido, podem ser realmente descritos pelas normas como “tipos objetivos” de desvio e, enquanto tais, ser previstos e provados como pressupostos de igual tratamento penal; enquanto toda pré-configuração normativa de “tipos subjetivos” de desvio não pode deixar de referir-se a diferenças pessoais,

⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 348.

antropológicas, políticas ou sociais e, portanto, de exaurir-se em discriminações apriorísticas⁴³.

No Brasil, o princípio está definido no artigo 5º, inciso II e XXXIX da Constituição da República, que garantem, respectivamente, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei e que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

O princípio da legalidade tem três principais fundamentos que o sustentam, sendo eles: o político, que evita com que o poder punitivo do Estado esteja baseado no livre arbítrio dos seus representantes; o jurídico, que pré-define os ilícitos, garantindo segurança jurídica; e por último, o fundamento democrático, já que as normas são reguladas pelo legislativo, que representa o povo.

1.3.3. Princípio da jurisdicionalidade

A atividade jurisdicional tem como principal responsável por alcançar ou obstruir a tutela dos valores positivados na constituição, o juiz. Dessa forma, a legitimidade da jurisdição e a independência do judiciário encontram seus fundamentos no reconhecimento da função do juiz, como garantidor de direitos fundamentais.

Com base nessa premissa, surge a figura do juiz natural, que é aquele que além de competente para julgar o caso é imparcial diante dele. Nesse contexto, o princípio da jurisdicionalidade se fundamenta justamente na figura do juiz natural, imparcial. Para Aury Lopes Jr:

A garantia da jurisdição significa muito mais do que apenas “ter um juiz”, exige ter um juiz imparcial, natural e comprometido com a máxima eficácia da própria Constituição.

Não só como necessidade do processo penal, mas também em sentido amplo, como garantia orgânica da figura e do estatuto do juiz. Também representa a exclusividade do poder jurisdicional, direito ao juiz natural, independência da magistratura e exclusiva submissão à lei⁴⁴.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do Garantismo Penal, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40.

⁴⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 839.

Dessa forma, por meio do princípio da jurisdicionalidade, exige-se a figura do juiz imparcial e natural, comprometido com a máxima eficácia da lei. Assim, pode-se dizer que a atividade jurisdicional deve ter a função de tutelar os direitos dos indivíduos e garantir a aplicação dos direitos fundamentais, para assim ser capaz de reparar injustiças e absolver, caso não haja provas suficientes à condenação, como muito bem coloca Ferrajoli:

A garantia da jurisdição (*nulla culpa sine iudicio*) pode ser compreendida em dois sentidos diversos: em sentido estrito e sentido lato. Em sentido estrito, o juízo é simplesmente uma exigência do conjunto das garantias penais materiais; em sentido lato, está relacionada com o conjunto das garantias processuais penais⁴⁵.

O princípio da jurisdicionalidade é de extrema importância ao se tratar da prisão preventiva, uma vez que está se tutelando a liberdade do indivíduo, e a liberdade constitui pilar essencial para se alcançar verdadeiramente a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, é imprescindível que haja neutralidade no julgamento. Nesse contexto, pode ser feita analogia à teoria do véu de ignorância de John Rawls, defendida em seu livro *Uma teoria da justiça* (1971), que determina que para se alcançar verdadeiramente uma sociedade justa e decisões socialmente éticas, o indivíduo com poder de decisão deve estar vestido com o véu da ignorância.

Ao vestir o véu de ignorância, o indivíduo ocupa a posição original e passa a desconhecer seu status social, não saber suas inclinações políticas, ignorar sua inteligência, sua situação política e econômica. Para Rawls, apenas diante desse total desconhecimento, o indivíduo poderia ser justo. Uma vez que, ao não saber as questões acima colocadas, qualquer pessoa razoável julgaria como justas, ações que permitissem a todos iguais vantagens e possibilidades. Assim, a justiça não seria um benefício de um grupo de pessoas e nem fruto de deliberações jurídicas e políticas, e sim, serviria ao interesse social e geral. Abaixo a definição de Rawls:

A ideia da posição original é estabelecer um processo equitativo, de modo que quaisquer princípios aceitos sejam justos. O objetivo é usar a noção de justiça procedimental pura como fundamento da teoria. De algum modo, devemos anular os efeitos das contingências específicas que colocam os homens em posições de disputa, tentando-os a explorar as circunstâncias naturais e sociais em seu próprio benefício. Com esse propósito, assumo que as partes se situam atrás de um véu de ignorância. Elas não sabem como as várias alternativas irão afetar o seu caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais⁴⁶.

Dessa forma, é possível entender a importância do princípio da jurisdicionalidade para se ter um julgamento justo tendo por base o juiz natural, vestido do véu de ignorância, para assim conseguir aplicar da forma mais justa os princípios fundamentais e as leis.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 495.

⁴⁶ RAWLS, John. **Uma teoria sobre a justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 147

No CPP, o princípio aparece no artigo 282 § 3º, onde está determinado que seja observado o contraditório antes da decretação da medida cautelar. Assim, é garantido o contraditório ao imputado, podendo pleitear, inclusive, sua revogação.

1.3.4. Princípio da temporariedade/provisoriedade

O princípio da temporariedade deve seguir a premissa de que o excepcional não pode ser definitivo, logo, a partir dessa colocação, deve-se compreender que a prisão preventiva deve ser provisória, temporária e excepcional. No entanto, esse princípio se torna, na maioria dos casos, obsoleto, tendo em vista que o tempo da prisão preventiva se pauta no princípio exposto a seguir no capítulo 2: o princípio da proporcionalidade, que tem como base três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio em análise demonstra claramente a natureza cautelar da prisão preventiva, tendo em vista que essa deve ocorrer apenas em último caso e para assegurar o bom andamento do processo. Assim, para não se confundir com pena, a prisão preventiva só deve ser justificada quando for utilizada em função do bom andamento e da eficácia do processo penal.

Para Aury Lopes Jr., é importante que se entenda o conceito da prisão preventiva como uma instrumentalidade qualificada, uma vez que só é cautelar aquela medida que se destinar ao fim da eficácia do processo penal. Dessa forma, o autor conclui que somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional⁴⁷.

⁴⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 839.

2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Significa uma relação racional entre a medida cautelar e o objetivo perseguido, de forma que o sacrifício inerente à restrição do direito à liberdade não seja exagerado ou desproporcional em relação às vantagens obtidas através dessa medida restritiva⁴⁸.

2.1 Breve contextualização histórica da proporcionalidade

A vida é o bem mais valioso do indivíduo, e por isso, indisponível. É assegurado a todos pela Constituição Federal, no entanto, para ser completo, deve ser acompanhado de inúmeros outros direitos para que seja possível atingir a dignidade da pessoa humana. Entre esses, está o direito à liberdade. Podemos dizer que este é um dos mais importantes, pois a liberdade garante ao indivíduo todas as possibilidades da vida e por isso deve ser tutelada de forma clara e cuidadosa. A liberdade, muitas vezes, é tratada como privilégio e não direito.

Nesse ponto, chega-se à seguinte pergunta: pode a liberdade de alguém ser definida e baseada no bom senso e razoabilidade de um outro alguém? Privar um inocente de liberdade é razoável?

O prazo da prisão preventiva era pautado com base no princípio da razoabilidade, ou da razoável duração do processo, que define que o processo deverá ter um tempo razoável de resolução, tendo por objetivo dar celeridade ao sistema processual. No entanto, esse conceito é bastante abstrato, ainda mais ao se tratar da liberdade de uma pessoa. Por ser um conceito amplo, varia da interpretação do aplicador da lei, dessa forma, é possível encontrar presos provisórios há cinco, seis, sete ou mais anos. Mais uma vez, a partir desses números, é possível perceber a prevalência do “princípio da culpabilidade” sobre o princípio da presunção de inocência, uma vez que se considera razoável manter preso um inocente com status de culpado.

⁴⁸ CIDH. **Guia prático sobre medidas destinadas a reduzir a prisão preventiva**. Relatoria sobre os Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/GUIA-PrisaoPreventiva.pdf>

Nesse sentido, o Ministro Luiz Roberto Barroso entende que a doutrina e a jurisprudência nacional, tanto na Europa quanto no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da proporcionalidade, conceito que, em linhas gerais, mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade⁴⁹.

Ainda, para o Ministro, o princípio da razoabilidade materializa-se na existência de compatibilidade entre fins objetivados e o meio utilizado pelo legislador, assim como na verificação de legitimidade dos fins. Ambas premissas são classificadas – segundo o autor – como razoabilidade interna e razoabilidade externa:

Essa razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade interna, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. (...)

De outra parte, havendo a razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional. Se a lei contravir valores expressos ou implícitos no Texto Constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição⁵⁰.

Ao aplicar o princípio da razoabilidade como norteador do prazo da prisão provisória, criam-se diferentes interpretações do termo “razoável” que geram seletividade das prisões provisórias e prazos para determinados grupos. Percebemos isso pelos dados do INFOPEN⁵¹, que revelam que as maiores vítimas do encarceramento são jovens negros de até 29 anos, que somam 61,67% dos presos no Brasil. O número de brancos de classe média na mesma faixa é quase inexistente, evidenciando, dessa forma, o preconceito e seletividade do princípio da razoabilidade.

⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 224.

⁵⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 224.

⁵¹ INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN – Dezembro 2014**. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

Nesse contexto, o excesso de prazo da prisão preventiva é uma das maiores mazelas da atualidade. A duração razoável da prisão vem sendo discutida desde a década de 60 pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Através da jurisprudência do Tribunal, definiu-se que a prisão preventiva poderia ser mensurada em dias e até mesmo anos, criando assim, como é chamada por Daniel R. Pastor, a “doutrina do não-prazo”⁵².

Dessa forma, por recomendação da CIDH, e buscando maior respeito aos princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, vem sendo aplicado o princípio da proporcionalidade e seus três subprincípios para estipular um prazo para a prisão preventiva diante do caso concreto.

Em recente relatório sobre a prisão preventiva nas Américas, a CIDH faz um alerta sobre o uso equivocado da prisão cautelar em diversos países da América Latina:

Este criterio de proporcionalidad es particularmente relevante frente a la realidad observada en muchos Estados de la región en los que existen importantes patrones de aplicación de la prisión preventiva a personas acusadas de delitos de poca gravedad²²⁸ (incluyendo los patrimoniales cometidos sin daños a las personas y el microtráfico de drogas). Al referirse a esta realidad, el GTDA observó que a estas personas “[s]e las mantiene en prisión únicamente para asegurarse de su comparecencia en el juicio [...] sencillamente porque los Estados no son capaces de garantizar que vayan a comparecer ante la justicia”²²⁹. El GTDA ha establecido también que no basta con que la privación de libertad sea aplicada formalmente conforme a la ley, sino que el derecho a la libertad personal exige que los Estados recurran a la misma “sólo en tanto sea necesario para satisfacer una necesidad social apremiante y de forma proporcionada a esa necesidad” (énfasis añadido)²³⁰. Así pues, la Comisión reitera que la privación de la libertad por faltas menores es incongruente con el principio de proporcionalidad ²³¹⁵³.

⁵² PASTOR, Daniel R. Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal.

Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 52, jan. 2005, p. 293

⁵³ CIDH. **Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas**. CIDH, 2013, p. 67. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>

O princípio da proporcionalidade tem sua origem no direito alemão ocidental, quando houve mudança do Estado de Polícia para o Estado de Direito, sendo assim considerado o princípio estruturante do Estado de Direito e fundamental à dignidade da pessoa humana³. Foi em 1971, com a tríplice manifestação do mandamento proporcional, que surgiram de forma clara e evidente os três pilares deste princípio, que são a adequação, a necessidade, e a proporcionalidade em sentido estrito. Nos termos do direito alemão, a definição do princípio da proporcionalidade:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental (BVerfGE 30, 316).

A análise dos subprincípios da proporcionalidade deve, de acordo com Luís Virgílio Afonso da Silva⁵⁴, seguir uma ordem obrigatória, visto que a aplicação é subsidiária entre os princípios, podendo, de acordo com o caso, aplicar apenas a adequação, a necessidade ou proporcionalidade em sentido estrito.

Wilson Antônio Steinmetz defende em seu livro⁵⁵ a criação de um procedimento metódico para aplicação do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios. Para ele, a análise deverá se dar da seguinte maneira: (i) a existência de uma estrutura meio-fim; (ii) que o fim seja constitucional; (iii) que se identifiquem as circunstâncias relevantes do caso (na hipótese de colisão de direitos fundamentais) e; (iv) que, por fim, apliquem-se, sucessivamente, os três princípios parciais constitutivos.

Para Dirley Cunha Jr.⁵⁶, a ideia de proporcionalidade possui considerável grau de subjetivismo, e fornece poucos parâmetros objetivos que conduzam à sua delimitação. Por esta razão, o princípio da proporcionalidade deve ser decomposto em três subprincípios, conforme mencionados acima. Assim, é possível entender que uma das funções dos elementos da proporcionalidade é conferir parâmetros e garantir maior grau de objetividade à sua delimitação.

⁵⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p.23-50, abril 2002, p. 12

⁵⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2001, p.45.

⁵⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 221

De acordo com Robert Alexy, nem sempre a aferição no caso em concreto apresenta uma solução simples:

Existem dois principais motivos para a complexidade na definição da restrição a ser implementada no direito fundamental. O primeiro cinge-se ao fato de que a apreciação da necessidade, como regra geral, diz respeito a uma relação meio-fim, por vezes de difícil prognóstico. Nesta seara, avulta de importância a discricionariedade epistêmica, no exame da adequação e necessidade da medida a ser adotada. Um segundo motivo enseja a complexidade que envolve o tema e relaciona-se às situações em que estejam em questão mais de dois princípios importantes⁵⁷.

Para o autor garantista Gustavo Badaró, o princípio da proporcionalidade basicamente se resume ao entendimento de que a prisão preventiva não pode causar um mal ao acusado maior do que a sua hipotética condenação causaria. Entende ainda, que não se pode confundir a prisão preventiva com uma antecipação da pena. Entende, assim, que a medida não será dotada do caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar. Dessa forma, ao desrespeitar os fundamentos para sua aplicação (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*), a prisão cautelar perderia sua natureza acautelatória, assemelhando-se assim à pena⁵⁸.

Ainda, segundo o autor:

Considerando a hipótese da prisão preventiva como cautela instrumental, isto é, como medida para assegurar a integridade das provas para apuração de uma contravenção penal ou um crime de pequena gravidade, é de se considerar que eventuais condutas deverão ser evitadas pelo Estado por outros meios, que não a desproporcional prisão preventiva. Cabe ao Estado, por outros meios, prevenir a destruição e inutilização de provas, não sendo a prisão preventiva a única forma de se atingir tal fim⁵⁹.

Da mesma forma, entende Ferrajoli, que é necessário que haja nexos de causalidade proporcional entre a medida aplicada e o ato cometido, sob risco de violação do princípio da presunção de inocência e da necessidade⁶⁰.

⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 591

⁵⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique RighiIvahy. A prisão preventiva e a proporcionalidade: propostas de mudança. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, n. 408, p. 381-408 jan./dez. 2008

⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique RighiIvahy. A prisão preventiva e a proporcionalidade: propostas de mudança. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, n. 408, p. 381-408 jan./dez. 2008

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 691.

Para analisar o princípio da proporcionalidade na legislação brasileira, devemos observar o artigo 282 do CPP, que estabelece critérios para a aplicação das medidas cautelares. O artigo define em seus dois incisos os subprincípios da proporcionalidade (a serem apresentados no próximo capítulo): (i) a necessidade para aplicação da lei penal para investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (ii) adequação da medida à gravidade do crime, circunstância do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Abaixo, a disposição legal do artigo 282 do CPP:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Dessa forma, o juiz deve verificar esses dois requisitos, isto é, a necessidade e a indispensabilidade da medida cautelar, para poder aplicá-la dentro dos parâmetros estabelecidos pela lei. Assim, a restrição do direito do acusado não poderá exceder o necessário para atingir o que se objetiva, atentando para a gravidade do crime em análise no caso concreto.

Logo, se no caso em concreto for cabível alguma das medidas cautelares do artigo 319 do CPP, se alguma delas for menos onerosa e atingir o objetivo almejado, essa deverá ser utilizada, respeitando a ideia de que a prisão é a última *ratio*. Assim, aplica-se o princípio da

proporcionalidade e o juiz deverá justificar sua decisão em relação a escolha de tal medida cautelar, explicando sua adequação⁶¹.

Nas palavras do advogado Maurício Zanoide de Moraes:

(...) sempre deverá buscar a medida cautelar mais proporcional à situação fático-jurídica a ele submetida. Isso significa dizer que ele deve ter uma diretriz que o faça escolher, dentre as medidas adequadas a afastar o perigo provocado pela liberdade absoluta do indivíduo, aquela menos invasiva à esfera de direitos do cidadão⁶².

Entende-se, assim, que a proporcionalidade deve estar presente na determinação da medida cautelar, uma vez que, dentre as opções do artigo 319 do CPP, deve-se escolher a que mais se adeque ao caso e seja menos onerosa ao imputado.

2.2 Subprincípios da proporcionalidade

2.2.1 Princípio da adequação

De acordo com o artigo 282 do CPP, inciso II, define-se que deve haver a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. Adequação essa distinta da definida pelos doutrinadores e pela CIDH.

Nas palavras de Jorge Miranda, “a adequação, significa que a providência se mostra adequada ao objetivo almejado (...); envolve, pois, correspondência de meios e fins”⁶³. Ou seja, a adequação busca garantir que a providência, a ser tomada diante do caso concreto, seja correspondente e adequada para que se atinja o resultado almejado.

No caso da prisão preventiva, o prazo deverá ser compatível com seu intuito diante do caso concreto, e deve ter como fim, evitar que o réu fuja, que haja coação de testemunha, ou que se destruam provas. A ação deverá almejar apenas a preservação dos três pontos acima

⁶¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A nova sistemática das medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro. In: **Doutrina: Edição Comemorativa 25 anos**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014, p.119-160.

⁶² MORAES, Maurício Zanoide de. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. **Revista do Advogado**, São Paulo, n.113, p.92-100, set. 2011, p. 95.

⁶³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 6ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 218.

colocados. Caso não haja nenhum dos riscos apresentados, a ação adequada no caso concreto seria o réu responder em liberdade.

Segundo a Corte Constitucional Alemã (BverfGE 30:219), para verificar se há a adequação, os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com sua utilização, o evento pretendido deve ser alcançado⁶⁴.

Segundo Canotilho, trata-se de controlar a relação de adequação entre a medida e o fim pretendido, dessa forma, é possível perceber que apesar de subjetivo, o subprincípio da adequação é mais pontual e objetivo. Como a terceira lei de Newton define, para toda ação sempre há uma reação de mesma intensidade, proporcional e adequada à ação, e assim deve ser feito também na ponderação e na análise diante do caso concreto para aplicação da prisão preventiva⁶⁵.

De acordo com o Relatório sobre os Direitos Humanos das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas realizado pela CIDH, há menção expressa para que a privação preventiva de liberdade seja utilizada como medida cautelar e não como medida punitiva. Reafirma ainda, a necessidade de se obedecer aos princípios da legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, princípios fundamentais para existência de uma sociedade democrática. A privação de liberdade somente será cabível quando for atestada e fundamentada a existência, no caso concreto, dos requisitos acima mencionados⁶⁶.

De acordo com a teoria dos axiomas de Ferrajoli, é possível compreender o princípio da adequação como o axioma 4, princípio da lesividade, uma vez que o autor entende tal princípio como delimitador da incidência do Direito Penal e, conseqüentemente, da criminalização das condutas humanas⁶⁷.

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 248.

⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 262

⁶⁶ CIDH. **Relatório sobre os Direitos Humanos das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas**. CIDH, 2011, p. 7. <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 73-74

2.2.2 Princípio da Necessidade

O princípio da necessidade ou da economia do direito penal, axioma 4 de Ferrajoli, *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* remonta ao pensamento iluminista, em que a finalidade da pena não pode ser castigo ou vingança ou até mesmo retribuição, como aponta a teoria clássica da pena apresentada na introdução. É necessário, segundo o autor, que a pena seja necessária e mínima.

Por meio do princípio da necessidade, segundo Ferrajoli, tem-se o objetivo de impedir tratamento desumano e excessivo com as pessoas privadas de liberdade. Dessa forma, convém mencionar que o princípio da necessidade atua diretamente em respeito à dignidade da pessoa humana, ao determinar a aplicação de medidas brandas e mínimas compatíveis com o ato lesivo praticado. Reforçando assim, a ideia de última razão da privação provisória de liberdade. Para ilustrar, as palavras de “jamais pode o direito penal ter incidência senão quando absolutamente necessário (princípio da intervenção mínima)”⁶⁸.

A necessidade deve ser analisada logo em seguida da adequação, pois com esse subprincípio pretende-se escolher o meio menos oneroso e ofensivo aos direitos fundamentais. O subprincípio da Necessidade é uma medida restritiva de um direito fundamental. Essa medida será necessária, quando o objetivo pretendido não puder ser cumprido.

Dessa forma, busca-se através de uma medida diversa, atingir em menor potencial o direito fundamental a ser violado. O jurista Paulo Bonavides explica o princípio da necessidade como o princípio da escolha de um meio mais suave, isto é, entre dois males, escolhe-se o menor⁶⁹.

Nesse contexto, conforme coloca Humberto Ávila, a análise da necessidade faz-se sob duas circunstâncias: exame de adequação dos meios alternativos para verificar se são hábeis para alcançar o objetivo pretendido, e o exame do meio menos restritivo, para verificar qual dentre os meios alternativos será menos invasivo ao direito fundamental em questão⁷⁰.

⁶⁸ GOMES, Luís Flávio. Limites do “ius puniendi” e bases principiológicas do garantismo penal, p. 1.

⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 397.

⁷⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 122.

Para exemplificar a aplicação do princípio da necessidade, do meio menos gravoso, o voto do Ministro Gilmar Mendes em um caso que havia a possibilidade do deferimento da intervenção federal no Estado de São Paulo:

[...] Manter a condução da Administração estadual sob o comando de um Governador democraticamente eleito, com a ressalva de que esteja o mesmo atuando com boa-fé e com o inequívoco propósito de superar o quadro de inadimplência, é inegavelmente medida menos gravosa que a ruptura na condução administrativa do Estado. Pode-se presumir, ademais, que a chefia do Estado será igualmente eficaz à eventual administração por um interventor, ou, ao menos, não se poderia afirmar, com segurança, que a administração por um interventor, sujeito às inúmeras condicionantes já apontadas, será mais eficaz que a atuação do Governador do Estado⁷¹.

Ainda a título de exemplo, segundo o relatório da CIDH:

De acuerdo con el criterio de necesidad, la prisión preventiva, al igual que el resto de las medidas cautelares, se deberá imponer en tanto sea indispensable para los objetivos propuestos. Es decir, que sólo procederá cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso, tras demostrarse que otras medidas cautelares menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines. Por eso, siempre se debe procurar su sustitución por una medida cautelar de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan. En este sentido, pesa sobre el órgano a disposición del cual se encuentra el detenido la obligación de disponer su libertad, aun de oficio, cuando hayan cesado los motivos que originariamente la habían sustentado. Pues, en atención a su naturaleza cautelar la misma sólo puede estar vigente durante el lapso estrictamente necesario para garantizar el fin procesal propuesto²²¹. La detención preventiva de una persona no debe prolongarse por un periodo más allá del cual el Estado pueda dar una justificación adecuada de la necesidad de la misma, de lo contrario la privación de libertad se torna arbitraria²²². Por tanto, el criterio de necesidad no sólo es relevante al momento en que se decide la aplicación de la prisión preventiva, sino también al momento de evaluar la pertinencia de su prolongación en el tiempo⁷².

2.2.3 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito

⁷¹ BRASIL. Intervenção Federal nº 2.915-5 – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, *In: Direito Público*, v. 1, n.1, p. 159-161, Porto Alegre: Síntese, 2003,.

⁷² CIDH. **Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas**. CIDH, 2013, p. 66. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>

Segundo Alexy⁷³, o último dos subprincípios da proporcionalidade trata-se da proporcionalidade em sentido estrito, que completa a adequação e a necessidade através da ponderação. Ainda, para o autor, tal princípio explica-se, (contemplando os direitos fundamentais), através da ideia de que quanto maior a intensidade da intervenção nos direitos fundamentais, maior será a necessidade de fundamentos justificadores da intervenção pretendida. Essa ideia de ponderação, entre a intervenção e sua fundamentação, é trazida pela lei da Ponderação, difundida pelo Tribunal Constitucional Alemão.

Formado o juízo sobre a adequação e a necessidade de uma medida alternativa, cabe (como último passo) ao aplicador do direito verificar se o meio a ser utilizado é ou não proporcional ao objetivo pretendido. Nesse ponto, cabe ao intérprete avaliar as desvantagens da medida pretendida à luz das vantagens do fim objetivado⁷⁴.

A análise gira em torno da relação “custo-benefício”, onde deverá ser colocado em questão o interesse social e bem estar da comunidade e as garantias e direitos individuais, buscando evitar que um lado tenha mais peso que o outro, que um não seja beneficiado em detrimento do outro, busca-se o equilíbrio⁷⁵, uma vez que há uma linha tênue, e uma ponderação incorreta, tendenciosa, pode violar direitos fundamentais do indivíduo.

Para o autor Virgílio Afonso da Silva, o exame de proporcionalidade em sentido estrito significa a ponderação entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva⁷⁶.

⁷³ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 161.

⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit., p. 263.

⁷⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Op. Cit., p. 86.

⁷⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p.23-50, abril 2002, p. 40.

3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DE ACORDO COM O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Neste capítulo serão apresentados dois casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na América Latina (CIDH). O capítulo contará com um breve relato de cada caso e como foi o posicionamento e a atuação da Corte diante deles, a fim de perceber as violações de direitos e o tratamento dado a elas.

3.1 Prisão provisória e proporcionalidade à luz da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Os dois presentes casos foram escolhidos por sua relevância para a discussão da irrazoabilidade da prisão preventiva, tendo em vista que em ambos os casos é possível perceber a recorrente violação de direitos fundamentais.

Ainda, os casos demonstram a recorrência deste tipo de abuso do poder punitivo do Estado sobre os direitos humanos e dignidade da pessoa humana nos países da América Latina e como a Corte age diante do caso concreto⁷⁷.

Adentrando a análise dos casos, será possível perceber a não utilização do princípio da proporcionalidade e os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, pelos Estados. Estes são completamente ignorados, desrespeitando os direitos humanos. Nesse ponto, a CIDH faz suas recomendações e observações a cerca destas violações.

⁷⁷ CIDH. **Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas**. CIDH, 2013. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/relatorio-pp-2013-pt.pdf>

3.2. Caso Chaparro Álvarez e Freddy Hernán Lapo Íñiguez vs. Equador (2007)⁷⁸

O primeiro caso se trata de duas denúncias feitas à Comissão IDH contra o Estado do Equador em 1999, e que a CIDH decidiu levar o caso à Corte por entender que havia ausência de resposta do Estado do Equador às recomendações feitas no *informe de fondo*. No entanto, o caso ocorreu em novembro de 1997, quando uma operação antidrogas apreendeu no Aeroporto Simón Bolívar da cidade de Guayaquil, no Equador, um carregamento de peixes que seria embarcado com destino à cidade de Miami, Estados Unidos. Os peixes estavam armazenados em caixas térmicas e refrigeradores especiais para exportação, e nelas foi encontrada a presença de cloridrato de cocaína e heroína.

Juan Carlos Chaparro Álvarez, chileno, dono de uma fábrica de caixas térmicas para uso em exportação no Equador, foi considerado suspeito de pertencer a uma organização criminosa internacional relacionada ao tráfico internacional de drogas e detido, uma vez que as caixas apreendidas eram similares às produzidas em sua fábrica. Por sua vez, Freddy Hernán Lapo Íñiguez, equatoriano e gerente da fábrica, também foi considerado suspeito e detido.

Ao ser detido, Chaparro não foi informado pelas autoridades estatais sobre os motivos e razões de sua detenção, assim como também não o avisaram de seu direito de solicitar assistência consular do país de sua nacionalidade, no caso Chile. Da mesma forma, Lapo, ao ser detido, também não foi informado dos motivos de sua detenção, além desta não ter sido precedida de flagrante ou ordem judicial que autorizasse.

Ambos foram levados a delegacias de polícia e permaneceram incomunicáveis por cinco dias, além disso, a detenção dos dois ultrapassou o máximo legal permitido pela legislação interna. Ao prestar sua declaração, o senhor Chaparro não teve assistência jurídica, e por sua vez a defesa pública de Lapo não foi adequada.

⁷⁸ CIDH. **Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador**. Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf

Ao longo do processo foram realizadas inúmeras perícias, todas apontando que os refrigeradores apreendidos não teriam sido produzidos pela fábrica de Chaparro, assim como nunca foram encontradas drogas no local. Dessa forma, não havia nenhuma prova que pudesse incriminá-los por tráfico de drogas, no entanto, as vítimas permaneceram por mais de um ano em prisão provisória, tiveram os nomes inseridos em registros públicos e em instituições privadas com antecedentes criminais relativos ao caso, Chaparro teve sua fábrica interditada e fechada (restituída apenas cinco anos depois) e Lapo teve seu carro apreendido – nunca restituído. Com intuito de questionar os fundamentos para a prisão, Chaparro e Lapo interpuseram recursos, mas não obtiveram sucesso.

A Comissão considerou ter havido a violação dos direitos: (i) à integridade pessoal, prevista no artigo 5 da Convenção; (ii) à liberdade pessoal (artigo 7); (iii) a garantias judiciais (artigo 8); (iv) à propriedade privada (artigo 21); (v) à proteção judicial (artigo 25); e violação da obrigação de respeitar os direitos, prevista no artigo 1.1 também da Convenção Interamericana. Diante de inúmeras violações de direitos humanos, civis e materiais, a Comissão solicitou a responsabilização internacional do Estado em detrimento dos acusados.

A fundamentação da Corte ao reconhecimento de violações do direito à liberdade pessoal dos acusados e das garantias violadas no artigo 7, se dá através do entendimento de dois tipos de regulamentações existentes. A primeira concepção de regulamentação é a geral, relativa ao direito concreto à liberdade individual. A segunda é composta por diversas garantias que tutelam os direitos do indivíduo a não ser privado de sua liberdade.

Essas garantias estão dispostas ao longo do artigo 7. Então, para que seja garantido o direito concreto à liberdade, o indivíduo não poderá ser privado de sua liberdade (i) ilegalmente; (ii) arbitrariamente; (iii) sem que seja informado das razões da prisão e da acusação; (iv) sem que seja submetido ao controle judicial da prisão e à razoável duração da prisão e; (v) sem que seja impugnada a legalidade da prisão. Tais garantias estão dispostas respectivamente no artigo 7.2, 7.3, 7.4, 7.5, 7.6 da CADH.

Ainda, de acordo com a Corte, é necessário compreender o direito à liberdade como um direito amplo, limitado somente no que for proibido em lei. Logo, entende-se que a liberdade consiste em poder fazer e ser tudo que não for proibido por lei. Assim, é possível perceber a importância de garantir esse direito, uma vez que não se restringe apenas à liberdade física, no sentido de ir e vir, mas no sentido de poder fazer suas próprias opções e ter suas convicções.

Em análise ao artigo 7 da CADH, é possível perceber que não há discriminação de como a liberdade poderá ser exercida, uma vez que esse rol seria exaustivamente grande. Dessa forma, são estabelecidos apenas os limites para a intervenção do Estado na liberdade das pessoas, tornando evidente a máxima de que a liberdade deve ser a regra e a prisão a *última ratio*.

No caso em questão, foram violados os artigos 7.2 e 7.4, uma vez que de acordo com o previsto na Convenção, ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas, e é garantido o direito da pessoa detida de ser informada das razões da sua detenção, e notificada, sem demora, da acusação formulada contra ela, assim como previsto também na Constituição Equatoriana. Tendo em vista que os senhores Chaparro e Lapo não foram informados sobre os motivos de suas prisões, foi infringida assim, a lei local e consequentemente os artigos da CADH.

De acordo com a CADH, ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários. Como arbitrário, a Corte e o Comitê de Direitos Humanos entendem, respectivamente:

A Corte estabeleceu em outras oportunidades que:

“[...] ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento por causas e métodos que – ainda que qualificados de legais – possam entender-se como incompatíveis com o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo por serem, entre outras coisas, irrazoáveis, imprevisíveis ou desproporcionais”⁷⁹

O Comitê de Direitos Humanos determinou que:

“[...] não se deve equiparar o conceito de “arbitrariedade” com o de “contrário à lei”, mas deve-se interpretar de maneira mais ampla a fim de incluir elementos de incorreção, injustiça e imprevisibilidade, como também o princípio das “garantias processuais” [...] isso significa que a prisão preventiva que decorra de uma detenção lícita deve ser não apenas lícita mas também razoável em todas as circunstâncias”⁸⁰

Dessa forma, ao terem sido detidos sem que soubessem o motivo, terem ficado cinco dias incomunicáveis e passando-se 23 dias para serem apresentados ao juiz, pode-se concluir que a detenção descumpriu o previsto no artigo 7.3 da CADH, que estabelece que ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

O Código de Processo Penal vigente à época previa, no artigo 170, que o juiz poderia decretar medidas cautelares cabíveis a fim de garantir a imediação do acusado com o processo. Já o artigo 177 dispunha que o juiz poderia decretar a prisão preventiva quando entendesse necessário e se fizessem presentes indícios que pudessem presumir a existência de um delito, ou seja, o *fumus commissi delicti* e indícios de autoria e risco processual, o *periculum libertatis*.

Ainda, o artigo exigia que no mandato fossem especificados os fundamentos para a prisão preventiva e justificassem a prisão. No entanto, isso não ocorreu no caso concreto, sendo assim evidente a arbitrariedade da prisão e a violação da lei interna além do artigo 7.3 da CADH.

Ainda no artigo 7, foi violado o ponto 7.5, que garante que toda pessoa detida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável (artigo 25) ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

⁷⁹ Cf. Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de janeiro de 1994. Série C Nº 16, par. 47.

⁸⁰ Cf. Comitê de Direitos Humanos, Caso Albert Womah Mukong Vs. Camarões, (458/1991), 21 de julho de 1994, Doc. ONU CCPR/ C/51/D/458/1991, par. 9.8.

No entanto, ambos acusados foram apresentados à juíza apenas 23 dias após a detenção, descumprindo assim o estabelecido no artigo da CADH e o previsto no artigo 173 do Código de Processo Penal Equatoriano, que prevê que a detenção com fins investigativos não pode durar mais de 48 horas, sendo necessário após esse tempo, liberar o detido ou dar início a um processo penal, o que aconteceu apenas 26 dias depois.

O artigo 7.5 menciona o prazo razoável para duração do processo. Essa garantia está estipulada no artigo 25 da CADH, e também foi violada de acordo com análise feita pela Corte, uma vez que demoraram 23 dias para que as vítimas fossem apresentadas ao juiz e permaneceram mais de um ano em prisão provisória, sendo que a própria lei interna definia o prazo para a prisão cautelar com máximo de 48 horas de detenção.

O artigo 25 da Convenção estipula:

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.
2. Os Estados Partes comprometem-se:
 - a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
 - b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
 - c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

Conforme analisado pela Corte, também foi violado o artigo 7.6, que prevê que toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais.

O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa; no caso analisado, ambas as vítimas recorreram inúmeras vezes, porém não obtiveram sucesso, tendo sido respondidas apenas uma vez com “negam-se os pedidos de revogação do mandado de prisão preventiva que pesa contra elas”⁸¹, continuando assim, presos por mais de um ano em prisão preventiva arbitrária, violando evidentemente o artigo da Convenção.

⁸¹ Cf. Auto de 12 de janeiro de 1998 emitido pela Décima Segunda Juíza Penal de Guayas (expediente judicial, volume 26, folha 4072)

O senhor Lapo apresentou um *habeas corpus legal*, afirmando que estava “ilegalmente privado de liberdade, posto que dos autos não se infere mérito processual que torne aplicável a medida cautelar”⁸². Tal recurso foi indeferido pela Corte Superior sob o argumento de que “não se evidenciam violações processuais que afetem os direitos do recorrente”⁸³.

Já o senhor Chaparro alegou em seu *habeas corpus legal* que, “se os requisitos exigidos no Art. 177 do Código de Processo Penal para sua privação de liberdade foram plenamente desvirtuados, é obvio que essa privação já se transformou em ilegal e, por conseguinte, pede sua revogação e a reparação da injustiça que se está cometendo contra ele”⁸⁴, tendo também sido indeferido pelas seguintes alegações:

Ao decidir sobre o recurso não é necessário analisar se o mandado de prisão preventiva é procedente, porque este depende do juízo do Juiz a quem a lei concede essa faculdade discricionária [...] Analisando os autos da causa penal 370-97, nota-se que se encontra na etapa de inquérito [...]. O processo não é contrário ao determinado por lei e, por conseguinte, não se observam falhas processuais [...]”⁸⁵.

No entanto, ao revogar o recurso, a juíza violou o previsto no Artigo 458 do Código de Processo Penal do Equador, que garante que a petição ao ser recebida, o juiz deverá ordenar que seja ouvido o detido para que ele possa fazer sua exposição.

Artigo 458 do Código de Processo Penal do Equador:
Qualquer acusado que, por infração dos preceitos constantes deste Código, se encontre detido, poderá recorrer em busca de sua liberdade ao Juiz Superior àquele que tenha disposto a privação dessa liberdade. [...]
A petição se formulará por escrito. O Juiz que deva conhecer do pedido ordenará imediatamente após o recebimento deste a apresentação do detido e ouvirá sua exposição, que fará constar em ata que será assinada pelo Juiz, pelo Secretário e pelo demandante, ou por uma testemunha no lugar deste último, caso não saiba assinar. Com essa exposição o Juiz pedirá todos os dados que considere necessários para formar seu juízo e assegurar a legalidade de sua decisão, e dentro de quarenta e oito horas resolverá o que considerar legal.
[...] Caso se confirme a privação ilegal da liberdade, o Juiz ordenará que o detido seja imediatamente liberado. As autoridades e funcionários encarregados da custódia do detido obedecerão à ordem, necessariamente. [...]

⁸² Cf. Recurso de amparo de liberdade interposto em 13 de abril de 1998 por Freddy Hernán Lapo Íñiguez (expediente judicial, volume 72, folha 9227)

⁸³ Cf. Sentença de 13 de maio de 1998 proferida pela Corte Superior de Justiça de Guayaquil (expediente judicial, volume 72, folhas 9295 e 9296).

⁸⁴ Cf. Recurso de amparo de liberdade interposto em 12 de maio de 1998 por Juan Carlos Chaparro Álvarez (expediente judicial, volume 72, folha 9313),

⁸⁵ Cf. Sentença de 20 de maio de 1998 proferida pela Corte Superior de Justiça de Guayaquil (expediente judicial, volume 72, folha 9316).

De acordo com o relatório da Corte, os juízes não devem esperar que seja proferida sentença absolutória para que a liberdade seja recuperada, pelo contrário, devem acompanhar periodicamente se ainda estão presentes os fundamentos para a prisão, se ela ainda se faz necessária e “se ela ainda é absolutamente necessária para a consecução dos fins e se é proporcional”⁸⁶.

Como medida que visa a garantir direitos, a comissão faz uso do princípio do tratamento humano⁸⁷, segundo o qual a pessoa privada de liberdade deverá ser tratada com respeito e deverá ter respeitados seus direitos fundamentais. Infelizmente, esse não é o tratamento dado à maioria das pessoas que tem sua liberdade restringida preventivamente.

Conforme já tratado no capítulo 1 deste trabalho, no Brasil, a estrutura física dos centros de detenção e delegacias de polícia é extremamente precária, além é claro da falta de assistência médica e qualquer cuidado com saneamento básico. Essa situação também é encontrada em outros países da América Latina, conforme aponta o relatório da Comissão:

As pessoas em prisão preventiva sofrem grandes tensões pessoais como resultado da perda de renda e a separação forçada de sua família e comunidade; ademais, padecem do impacto psicológico e emocional do próprio fato de estarem privadas de liberdade sem terem sido condenadas, e, em geral, são expostas a um entorno de violência, corrupção, insalubridade e condições desumanas presentes nas prisões da região. Inclusive, os índices de suicídios cometidos em prisões são maiores entre os presos em prisão preventiva. [...] Neste contexto, o presente estudo, da mesma forma que o anterior Relatório sobre os Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, surge da convicção da Comissão Interamericana de que o respeito aos direitos das pessoas privadas de liberdade é um dos principais desafios que enfrentam os Estados membro da OEA e o uso excessivo da prisão preventiva um dos temas que requer maior atenção⁸⁸.

⁸⁶ CIDH. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**/Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p.253.

⁸⁷ CIDH. **Relatório sobre os Direitos Humanos das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas**. CIDH, 2011, p. 5. <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>

⁸⁸ CIDH. **Relatório sobre os Direitos Humanos das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas**. CIDH, 2011, p. 4-6. <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>

Nesse sentido, para ilustrar a situação de precariedade, cabe mencionar o depoimento do senhor Chaparro e do senhor Lapo quanto as condições físicas da prisão e sobre o tratamento que tiveram. De acordo com Chaparro, “Qualquer coisa que lhes possa dizer vai lhes parecer um exagero [...] as condições em que essas pessoas vivem são realmente desumanas. É muito doloroso ter de lembrar isso”⁸⁹. Não muito diferente da declaração de Lapo:

No Quartel Modelo, na primeira semana dormi no chão [...], nos permitiam tomar banho uma vez por dia com um galão de água, ir ao banheiro uma vez por dia, não na hora que quisesse, mas na hora que eles autorizavam. [Na “Penitenciária do Litoral”] estávamos 20 pessoas em uma cela de três por quatro [metros] aproximadamente [...] tive de brigar para que não me assultassem [...], muitos companheiros tiveram de me defender porque, ao não poder me assaltar, tiravam suas facas ou machadinhas para tentar me agredir [...]. Os resíduos orgânicos estav[am] no pátio [...]. Os presos que comiam na cozinha da Penitenciária, no momento que formavam fila para receber a comida, recebiam socos dos funcionários penitenciários.⁹⁰

O artigo 8 da CADH trata das garantias judiciais, entre elas, no ponto 8.1, mais uma retratada a razoável duração do processo, também presente no artigo 25. Dessa forma, é possível perceber a atenção dada pela Convenção ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade no que tange o prazo de prisão preventiva e violação dos direitos humanos. No caso em concreto, fica evidente que não houve respeito a esse princípio, uma vez que a prisão preventiva de ambos durou mais de um ano e o processo como um todo mais de oito anos.

Ainda, o artigo 8, disposto no ponto 8.2, fala da presunção de inocência. Princípio basilar de um estado democrático de direito, além de princípio fundamental para a garantia da liberdade. Nesse sentido, a Corte defendeu que:

[...] se incorreria em violação da Convenção ao se privar de liberdade, por um prazo desproporcional, pessoas cuja responsabilidade criminal não foi estabelecida, posto que equivaleria a antecipar a pena, o que infringe os princípios gerais do direito universalmente reconhecidos⁹¹

⁸⁹ Cf. Declaração testemunhal do senhor Chaparro em audiência pública, supra nota 95

⁹⁰ Cf. Declaração testemunhal prestada por Freddy Hernán Lapo Íñiguez na audiência pública perante a Corte Interamericana realizada em 17 de maio de 2007

⁹¹ Cf. Caso Tibi, nota 43 supra, par. 180; Caso Suárez Rosero, nota 72 supra, par. 77; e Caso Acosta Calderón, nota 47 supra, par. 111

O artigo 8 da Convenção estabelece que:

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
 - a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
 - b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
 - d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; [...].

Por último, foi também violado o artigo 21 da CADH, que trata da propriedade privada. Tal artigo foi violado uma vez que o senhor Chaparro teve sua fábrica interditada e fechada, tendo sido recuperada apenas 5 anos depois do caso. Quanto ao senhor Lapo, teve seu carro detido e nunca recuperado, violando evidentemente o direito à propriedade privada.

3.3 Caso Bayarri vs. Argentina (2008)

O segundo caso a ser analisado será um caso que foi submetido à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em julho de 2017 contra o Estado da Argentina, por conter inúmeras violações aos direitos humanos do senhor Juan Carlos Bayarri. O caso foi escolhido para ser objeto desta presente análise, por destacar-se a duração excessiva da prisão preventiva (treze anos) e pelo fato do acusado ter sido submetido a diversas formas de tortura.

O caso ocorreu em novembro de 1991, quando o acusado, Suboficial da Polícia Federal da Argentina, foi preso em Buenos Aires por outros agentes da Polícia Federal, que na ocasião estavam vestidos com roupas comuns de civis e não tinham mandado judicial que justificasse a prisão, além de não estarem presentes as hipóteses de flagrante delito, tornando desde já a prisão arbitrária. Ao ser preso e conduzido para um centro de detenção clandestino, Bayarri teve seus punhos algemados e os olhos vendados.

Ao chegar, e ao longo dos três dias consecutivos à prisão, foi submetido a diversas formas de tortura, como choques elétricos, golpes pelo corpo e métodos de asfixia, com intuito de fazê-lo confessar a prática de inúmeros crimes de extorsão mediante sequestro. Após inúmeras sessões de tortura, foi levado para um departamento policial, onde mais uma vez foi coagido a confessar sob ameaça de agressão à sua família. Dessa forma, Bayarri confessou os crimes e foi submetido a um processo penal perante o Tribunal competente, que se manifestou pela manutenção da prisão.

Uma semana após sua prisão, Bayarri foi encaminhado ao juiz da causa, para quem prestou declarações, sendo logo depois determinada sua transferência para um penitenciária e um mês depois, foi decretada sua prisão preventiva, confirmada em segunda instância. Bayarri ficou em prisão preventiva por treze anos, até julho de 2004, quando foi solto por sentença absolutória.

Ao longo desses anos, o acusado ajuizou em diferentes oportunidades três pedidos de concessão de liberdade, no entanto, todos eles foram negados, sob os fundamentos de que se o acusado fosse solto poderia agir para obstruir a ação na justiça, tendo em vista seu cargo (Suboficial da Polícia Federal) e pelas características do delito imputado.

A Comissão declarou que o Estado da Argentina descumpriu com obrigações internacionais ao violar os direitos à integridade pessoal (artigo 5), à liberdade pessoal (artigo 7), às garantias judiciais (artigo 8) e à proteção judicial (artigo 25) da Convenção Americana, em relação ao 1.1, que estabelece a obrigação geral de respeitar os direitos humanos.

No que se refere ao artigo 5, a Comissão ressalta a violação dos pontos 5.1 e 5.2, referentes à integridade física da pessoa. No caso em fomento, a integridade física do senhor Bayarri não foi respeitada pelas diversas formas de tortura que sofreu. O artigo 5.2 proíbe claramente o uso de tortura ou penas que sejam desumanas e garante que todos devem ser tratados com o devido respeito à dignidade humana. Em relação às torturas, a Corte reconheceu o dever do Estado da Argentina de apurar os fatos e sancionar os policiais responsáveis por eles.

No que tange à liberdade pessoal garantida no artigo 7 da CADH, a Corte entendeu que foram violados os pontos 7.1, 7.2, 7.3 e 7.5. De início a Corte entendeu que a prisão do senhor Bayarri foi arbitrária, no entanto, posteriormente verificou-se a violação do artigo 7.1 e 7.2, que garantem respectivamente que toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoal, bem como ninguém poderá ser privado de sua liberdade física, salvo por políticas de Estado ou por determinação legal.

Dessa forma, a Corte julgou desnecessário avaliar a arbitrariedade da prisão, no entanto, é evidente que houve, tendo em vista a forma que se deu a prisão, sem mandado judicial ou flagrante delito, por policiais sem farda, tendo sido levado a um centro de detenção clandestino e tendo permanecido por três dias sofrendo constante tortura.

Em relação ao ponto 7.5, a violação se deu pelo fato de o senhor Bayarri não ter sido apresentando o quanto antes à presença de um juiz ou outra autoridade judicial, conforme previsão da CADH e da legislação interna argentina, que estipula que o preso deverá ser imediatamente colocado à disposição de um juiz para que seja decretada sua liberdade ou prisão preventiva.

No entanto, isto não ocorreu, tendo sido o senhor Bayarri apresentado ao juiz apenas uma semana depois de sua prisão, após inúmeras sessões de tortura. Da mesma forma, não foi respeitado o direito de ter o julgamento em um prazo razoável, tendo em vista que o acusado passou treze anos até a sentença absolutória, o que torna evidente o desrespeito a razoabilidade prevista pela CADH.

Em relação à manutenção da prisão preventiva por tantos anos, a CIDH reforça o entendimento de que quando a prisão ultrapassa o prazo razoável (de três anos, conforme estipulado na legislação argentina), deverá ser aplicada outra medida cautelar que seja menos lesiva ao acusado, mas que cumpra a mesma função e garanta a presença do mesmo em juízo.

Ainda, de acordo com entendimentos da Corte, o juiz não deverá esperar até a sentença absolutória para devolver a liberdade do preso. A prisão preventiva deve ser constantemente avaliada, para saber se ainda é cabível e necessária no caso concreto, e, não sendo, o juiz deverá aplicar outra medida cautelar ou decretar a liberdade do acusado. Fazendo assim análise e uso do princípio da proporcionalidade e seus três subprincípios para avaliar a necessidade e o prazo da prisão preventiva. Evitando assim que haja a violação de direitos humanos do acusado e abuso de autoridade pelo Estado.

A Corte reconheceu também a violação do artigo 8 da CADH, que diz respeito às garantias judiciais e, entre elas, a razoável duração do processo. Tal violação pode ser percebida pela duração de treze anos até a sentença absolutória, ultrapassando assim qualquer conceito de razoabilidade e violando a própria legislação interna, que estabelece como prazo máximo razoável o período de três anos de prisão preventiva. Conforme o entendimento da própria Corte estabelece, a duração excessiva de tempo da prisão preventiva torna essa uma medida punitiva, fugindo assim do seu real objetivo e natureza de medida cautelar⁹².

Ainda no artigo oitavo, teve a violação do 8.2, g), que garante que ninguém será obrigado a declarar-se culpado e o artigo 8.3, que estipula claramente que a confissão somente será válida se não tiver sido obtida através de tortura. Conforme narrado acima, o senhor Bayarri foi torturado por três dias consecutivos para declarar-se culpado e confessar os crimes perante o juiz. Dessa forma, a Corte entendeu que houve clara e evidente violação e desrespeitos aos direitos do senhor Bayarri.

⁹² CIDH. **Caso Bayarri vs. Argentina**. Sentencia de 30 de octubre de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Série C, No. 187, parágrafo 111. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf

Por último, a Corte entendeu também que houve violação do artigo 25.1 quanto à proteção judicial, uma vez que o senhor Bayarri teve violados seus direitos humanos e não obteve recurso efetivo perante os juízes, que denegaram três vezes seus pedidos de liberdade provisória.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos vem, ao longo dos anos, demonstrando especial interesse e cuidado quanto às prisões preventivas nas Américas, onde esse tipo de prisão prevalece e perde sua função acautelatória, tornando-se na maioria dos casos antecipação da pena. Nesse sentido, a Corte emitiu relatoria na forma de recomendações para diminuição desse tipo de prisão. O próximo capítulo do presente trabalho monográfico analisará as recomendações e fará uma comparação (através de uma entrevista) com a realidade brasileira.

4. ORIENTAÇÕES DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE A PRISÃO PROVISÓRIA

Una persona inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquélla debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción.⁹³

O Pacto de São José da Costa Rica, ou Convenção Americana de Direitos Humanos foi elaborada em 1969 e assinado por vários países da América do Norte, Central e Sul. No entanto, o Brasil à época vivia a era da ditadura militar, sob o governo de Costa e Silva, em que não havia qualquer preocupação com os direitos humanos, que eram completamente ignorados.

Nesse contexto, o Brasil apenas ratificou o Pacto em 1992, já sob a égide da Constituição Federal de 1988. No entanto, até a Lei 12.403/2011, quando o Brasil já era há onze anos signatário, percebeu-se que havia inúmeras incompatibilidades do CPP de 1941 com a CADH. Como era o caso do artigo 306, que violava por completo o artigo 7.5 da Convenção.

Ainda, a lei trouxe as medidas cautelares alternativas à prisão do artigo 319 para CPP, que era também exigência da CADH, para que a prisão fosse utilizada apenas como *última ratio*, prezando pela aplicação correta do princípio da presunção de inocência⁹⁴.

⁹³ Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 122.

⁹⁴ CARVALHO, Cláudia Bonard de. Aplicação da audiência de custódia no Brasil diante das experiências internacionais, estudo comparativo. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo (Orgs.) **Audiência de Custódia**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2017, p. 201

No entanto, o artigo 7 da CAHD ainda era violado pelo Estado Brasileiro, uma vez que o preso não era apresentado o quanto antes ao juiz competente. Assim, em 2015 a CNJ elaborou a Resolução 213/2015⁹⁵ que estipulou a obrigatoriedade de implementação da audiência de custódia em todo o país em 90 dias. Com isso, o indivíduo preso em flagrante deverá ser encaminhado em 24 horas ao juiz competente que decidira conforme o artigo 310, (i) relaxar a prisão, (ii) converter a prisão em preventiva ou (iii) conceder a liberdade provisória do acusado⁹⁶.

Ainda nesse contexto, o artigo 282, também inserido pela Lei 12.403/2011, visa a adequação ao convencionado no Pacto de São José da Costa Rica. O artigo traz em si, como já colocado no presente trabalho, no capítulo referente ao princípio da proporcionalidade, mesmo que de forma singela, a introdução do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios (adequação e necessidade) à realidade brasileira de aplicação da prisão preventiva.

Nessa perspectiva, o ministro Og Fernandes entende que o artigo 282 traz algumas inadequações ainda em relação à CADH, como por exemplo, o § 6º. que, segundo o autor, não deveria ter a redação “substituição por outra medida cautelar”, uma vez que entende que a prisão não será substituída, uma vez que não será imposta.

Ainda, de acordo com Fernandes, se a prisão não é a medida adequada ao caso concreto, não deve ser aplicada e assim, deve-se aplicar preferencialmente apenas medida alternativa à prisão preventiva.

⁹⁵ RESOLUÇÃO 213, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2015 Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf

⁹⁶ Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Nas palavras do ministro:

(...) De qualquer forma, o legislador brasileiro, ao fazer referência no novo texto do art 282, do CPP, fornece critérios para orientar o raciocínio judicial deve ser realizado na escolha da medida cautelar mais apropriada ao caso, e justamente por isso, devem ser observados e reproduzidos na obrigatória motivação do provimento⁹⁷.

Porém, o processo de adequação é lento e ainda há muito o que trabalhar para estar de acordo com o objetivado pela CADH. Com esse conhecimento, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos vem ao longo dos últimos anos atentando cada vez mais para a questão da disfuncionalidade do sistema de justiça penal nas Américas, apontando essa como uma das principais causas para a longa lista de problemas que se sucedem desta, como por exemplo a superlotação dos presídios e a falta de separação entre presos provisórios e condenados, violando assim constantemente os direitos humanos das pessoas colocadas nessa situação.

A partir desta constatação, a CIDH emitiu um relatório no qual analisa a situação dos presídios e dos presos provisórios. A fim de melhorar essa situação alarmante, a CIDH desenvolveu um manual prático para reduzir o uso da prisão preventiva, onde faz recomendações a serem seguidas pelos países membros da Convenção Americana de Direitos Humanos. As recomendações são referentes ao tempo da prisão, às condições dos centros de detenção e do tratamento do preso.

Neste capítulo serão analisadas as recomendações quanto ao prazo e às condições da prisão preventiva, assim como a necessidade de diferenciação entre prisão preventiva e o cumprimento de pena. Mais uma vez a Corte reforça a natureza da prisão preventiva como medida acautelatória e não punitiva.

⁹⁷ Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011, Antonio Magalhães Filho[et al.]; coordenação Og Fernandes, São Paulo, Editora RT, 2011, pp. 222-223

Neste aspecto é possível perceber que são criados alguns parâmetros a serem seguidos de acordo com o entendimento da corte. São eles, a ideia de que a detenção preventiva deve ser a exceção e não a regra; os fundamentos da prisão preventiva, assim como os objetivos que a legitimam, devem ter caráter processual, assim, a simples existência de indícios de culpabilidade não devem ser usados como fundamento; apesar de existentes objetivos processuais, devem ser analisados o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios para avaliar a necessidade efetiva da detenção e se há outra medida cautelar cabível, sem que seja a privação da liberdade pessoal; a necessidade de se ter decisões motivadas, sem ter como fundamento e base em presunções; a detenção deve ser apenas pelo tempo estritamente necessário para que se realizem as questões processuais necessárias, revisando assim, periodicamente, a necessidade e cabimento da prisão preventiva; e ao manter a prisão preventiva por tempo irrazoável, deve se entender como prorrogação de pena⁹⁸.

4.1 Orientação quanto às condições da prisão preventiva

Ao analisar as prisões e centros de detenção pelas Américas, a Corte estabeleceu algumas recomendações para melhorar as condições destes lugares e a qualidade da vida dos presos, fazendo prevalecer a dignidade humana e os direitos humanos dos presos. Para isso, a Corte entende como necessário criar um sistema eficaz para a separação dos presos provisórios e os presos em cumprimento de pena, não devendo ser admitido que presos provisórios fiquem no mesmo lugar que pessoas em cumprimento de pena, uma vez que a prisão preventiva tem natureza acautelatória e não punitiva.

Da mesma forma, estabelece como essencial a existência de mecanismos de classificação das diferentes pessoas privadas de liberdade, para que se possa mais facilmente visualizar o tratamento adequado para cada grupo de pessoas.

⁹⁸ CIDH. **Relatório sobre os Direitos Humanos das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas**. CIDH, 2011, p. 7. <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>

A Corte entende que a separação das pessoas privadas de liberdade não pode em momento algum significar motivos para existência de qualquer tipo de discriminação, maus tratos ou aplicação de tortura. Assim como estabelece que a privação preventiva de liberdade não pode ter condições mais rigorosas ou menos adequadas que às impostas aos presos em cumprimento de pena, reforçando a natureza acautelatória da prisão preventiva.

A Corte ressalta a necessidade de implementação de um sistema penitenciário que ofereça recursos necessários para assegurar às pessoas privadas de liberdade condições que garantam o efetivo respeito ao princípio da presunção de inocência, estabelecendo condições dignas e de acordo com os parâmetros estabelecidos pelas Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Prisioneiros⁹⁹.

Ainda, quanto aos direitos das pessoas privadas de liberdade, a Corte estabelece que deve ser garantido o acesso à saúde assim como a atividades laborais, produtivas e recreativas aos presos. Para que dessa forma, não sejam esquecidos ou colocados de lado pelo Estado.

No Brasil, ainda, em diversos estados, os presos preventivos ficam em carceragem ou delegacia de polícia, uma vez que ainda é a polícia civil a responsável pela prisão e detenção das pessoas privadas de liberdade. Com atenção para essa questão, a Corte orienta erradicar esse tipo de aprisionamento, devendo transferir os presos provisórios para centros penais onde deverão esperar julgamento separados dos presos condenados.

Os países membros da OEA deverão adequar seus centros prisionais para garantir a preservação dos direitos humanos e apresentar condições compatíveis com a dignidade da pessoa humana. Caso não seja possível, deverá se aplicar outra medida cautelar que não a prisão.

⁹⁹ BRASIL. **Regras de Mandela**: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2016/06/Regras-de-Mandela-1.pdf>

Ainda relativo às condições compatíveis com a dignidade da pessoa humana, a Corte alerta para a necessidade de que a pessoa mantida em prisão preventiva tenha acesso à saúde, higiene, segurança, possibilidade de receber visita, acompanhamento jurídico com advogado de sua escolha ou defensor público, com o qual poderá ter confidencialidade e sem intervenções. E ainda deverão ter pleno acesso a seus documentos legais relativos ao processo.

A Corte estabelece como imprescindível que haja separação entre a autoridade encarregada pela investigação e a autoridade responsável pela detenção. Tendo por objetivo assegurar que o direito de defesa do acusado seja garantido e evitar que a prisão preventiva se torne antecipação da pena. No Brasil, ainda há estados onde essa divisão não ocorre, sendo a investigação e a detenção conduzidas pela polícia civil.

A situação do preso preventivo é extremamente delicada, pois ele vive em um limbo judicial, uma vez que tem status jurídico de inocente (princípio da presunção de inocência), no entanto está preso sofrendo com os efeitos do encarceramento. Nesse aspecto, a Corte recomenda que sejam adotadas medidas legislativas e administrativas, para garantir a essas pessoas o exercício aos direitos políticos, como por exemplo o direito ao voto.

Com intuito de diminuir o uso de prisão preventiva ou ao menos reduzir o tempo de encarceramento, a Corte determina que as medidas disciplinares impostas aos presos provisórios não podem ter objetivo ou como efeito prolongar a detenção, nem interferir no contato do detido com a família ou com seu advogado/defensor¹⁰⁰.

¹⁰⁰ CIDH. **Relatório sobre os Direitos Humanos das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas**. CIDH, 2011, p. 18-19. <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>

4.2 Orientação quanto à erradicação da prisão preventiva

Los Estados deben adoptar las medidas judiciales, legislativas, administrativas y de otra índole requeridas para corregir la excesiva aplicación de la prisión preventiva, garantizando que esta medida sea de carácter excepcional y se encuentre limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad; evitando así su uso arbitrario, innecesario y desproporcionado. Estos principios deberán guiar siempre la actuación de las autoridades judiciales, con independencia del modelo de sistema penal adoptado por el Estado.(...) Intensificar esfuerzos y asumir la voluntad política necesaria para erradicar el uso de la prisión preventiva como herramienta de control social o como forma de pena anticipada; y para asegurar que su uso sea realmente excepcional¹⁰¹.

O artigo 8.1 da CADH, assim como os artigos 7.3 e 7.5, trata a razoabilidade da prisão e a proporcionalidade de sua duração. O artigo 7.3 trata da prisão arbitrária, e como arbitrário a CIDH entende, entre outras interpretações, como tempo excessivo de prisão. Já o artigo 7.5 garante que toda pessoa privada de liberdade deverá ser apresentada sem demora a um juiz competente para que seja concedida liberdade ou definida a prisão preventiva. Mais uma vez o termo “sem demora” e “em um prazo razoável” aparece na Convenção, reafirmando a ideia de proporcionalidade.

No Brasil, o artigo 7.5 era ignorado pelo artigo 306 do CPP, no entanto, com a nova redação dada pela Lei 12.403/2011, passou a se adequar minimamente ao pretendido pela CADH¹⁰².

Ainda assim, o preso não era imediatamente levado ao juiz. Nesse contexto, em 2015, a CNJ emitiu a Resolução 213/2015 que define como obrigatória a audiência de custódia, assim, o preso em flagrante deve ser apresentado ao juiz em 24 horas, atendendo assim ao exposto no artigo 7.5.

¹⁰¹ CIDH. **Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas**. CIDH, 2013, p. 121. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/ppi/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>

¹⁰² Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

Já o artigo 8 trata das garantias judiciais, e garante que toda pessoa privada de liberdade deverá ser ouvida em um prazo razoável de tempo pelo juiz, mais uma vez fortalecendo o uso da proporcionalidade e seus três subprincípios.

Dessa forma, é possível perceber a preocupação da CIDH em diminuir o máximo possível o tempo de prisão, até que essa seja erradicada. Em seu recente relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas, a Comissão faz algumas recomendações nesse sentido de erradicação desse tipo de medida, por entendê-lo como principal causa de violação de direitos humanos nessa região.

Assim, a CIDH determina que os Estados devem adotar medidas judiciais e administrativas com intuito de diminuir o uso exagerado da prisão preventiva, e garantir que esta continue tendo seu caráter acautelatório e uso de última ratio limitado pelos princípios da presunção de inocência, legalidade e proporcionalidade.

A partir desta recomendação, a Comissão tem o objetivo de que os Estados recorram à prisão preventiva apenas quando estritamente necessário e após análise dos três subprincípios da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), no mais, os Estados devem usar seus máximos esforços para aplicar a prisão preventiva de forma excepcional e respeitando os prazos máximos estabelecidos em lei para a detenção.

A Comissão recomenda que haja maior envolvimento da sociedade civil na elaboração de políticas com objetivo de reduzir a prisão preventiva e para garantir que a sua implementação ocorra de forma integral, participativa e inclusiva. Ainda nesse sentido, a comissão entende que os Estados devem criar mecanismos que incluam as pessoas privadas de liberdade e aquelas em liberdade provisória para que estas participem da formulação, adoção e, inclusive da avaliação posterior das medidas, uma vez que são as destinatárias finais das políticas e pessoas titulares de direitos, assim devem participar ativamente de questões que lhes dizem respeito¹⁰³.

¹⁰³ CIDH. Guia prático sobre medidas destinadas a reduzir a prisão preventiva / [Relatoria sobre os Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade da Comissão Interamericana de Direitos Humanos], p. 11 a 13. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/GUIA-PrisaoPreventiva.pdf>

Com relação às medidas judiciais, a Comissão entende ser necessário criar medidas que visem dar mais celeridade aos processos e à diminuição do atraso processual. Com esse intuito, a CIDH sugere medidas de revisão periódica do regime de prisão preventiva, onde deverão ser reanalisados os fundamentos da prisão e constatada a sua necessidade ou não diante do caso concreto. Tal medida tem por base o entendimento da Corte de que o juiz não deve esperar até a sentença absolutória para dar a liberdade ao preso. Assim, a Corte entende que a prisão preventiva deve ser constantemente reavaliada.

Ainda dentre as medidas judiciais, a Corte recomenda a realização de audiências prévias sobre a determinação da prisão preventiva ou liberdade provisória do acusado. Essas audiências são chamadas de audiências de custódia e tem como objetivo reduzir o encarceramento provisório.

Além das audiências de custódia, a Corte determina que sejam criadas outras medidas cautelares a fim de excepcionalizar a prisão preventiva. No Brasil foi criada a Lei 12.403 de 2011, a lei das medidas cautelares, que cria um rol de opções alternativas à prisão preventiva.

A Corte entende que é necessária uma transformação estrutural, dessa forma, orienta que o Estado junte esforços para capacitar os agentes judiciais e prisionais, para reforçar a diminuição do uso da prisão preventiva, e criar a cultura de aplicação excepcional e não comum. Para tal, a Corte determina que sejam analisados os impactos reais do uso da prisão preventiva na sociedade e na criminalidade.

Com base no resultado dessa análise, deverá o Estado criar políticas públicas e rever políticas antigas para que todas tenham o objetivo comum de reduzir esse tipo de encarceramento e fortalecer a ideia de *última ratio*.

Ainda sobre essa questão, a Corte reforça que a prisão preventiva não pode ser de forma alguma utilizada como política de segurança social ou servir como resposta à criminalidade, fortalecendo o endurecimento do sistema prisional.

De acordo com a Corte, é extremamente importante que haja a separação entre a autoridade que investiga e autoridade responsável pelo encarceramento¹⁰⁴. Com base nisto, a Corte recomenda que, para a determinação da prisão preventiva, devam existir e estar presentes elementos de prova suficientes que vinculem o acusado ao caso investigado, não sendo possível assim a prisão com base apenas nas informações trazidas pelas autoridades policiais. Ainda assim, quando houverem elementos de prova suficiente, qualquer decisão tomada pelo juiz deverá ser fundamentada com base nos pressupostos da prisão preventiva.

4.3 A prisão na prática: uma análise da experiência do encarceramento – Entrevista com Greg Andrade

“Se eu consegui alguma coisa, não foi pelo Estado, foi apesar do Estado”¹⁰⁵.

Conforme já colocado na introdução, o Brasil é o quarto país com a maior população carcerária do mundo, com quase 700.000 mil presos, e desses, 40% são presos provisórios. Para ilustrar e contrapor as orientações da Corte quanto às condições da prisão preventiva e a diferenciação do cumprimento de pena, foi realizada entrevista com o advogado criminalista Gregório Andrade. No entanto, a relação de Gregório com o sistema prisional não é apenas por sua profissão, é anterior, como ex-detento.

O crime ocorreu em janeiro de 1997 em Minas Gerais, Brasil, quando Gregório tinha 24 anos, foi preso preventivamente no mesmo ano, permanecendo nesta condição até o ano 2000, completando quase três anos de prisão preventiva. Posteriormente em 2000 foi transferido para o regime fechado de cumprimento de pena onde permaneceu até 2010, quando teve prisão domiciliar concedida.

No ano seguinte, em 2011, teve seu livramento condicional em regime aberto, e em 2014 teve findo seu cumprimento de pena, completando 16 anos vivendo a dura realidade do cárcere.

¹⁰⁴ CIDH. **Guia prático sobre medidas destinadas a reduzir a prisão preventiva**. Relatoria sobre os Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, p. 11. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/GUIA-PrisaoPreventiva.pdf>

¹⁰⁵ ANDRADE, Gregório. Entrevista concedida para Marina Bartlewski Moreira da Costa no âmbito da presente monografia.

Em entrevista, Gregório relata a realidade do cárcere, que difere bastante do pretendido e recomendado pela CIDH. Ao ser preso em 1997, Gregório ficou detido em delegacia de polícia. À época em que foi preso, no Estado de Minas Gerais, ainda era a polícia civil que investigava e era responsável pela detenção dos presos.

A Corte entende ser essencial a separação das autoridades, para que o acusado tenha pleno acesso aos seus direitos de defesa e presunção de inocência. No entanto, essa não é a realidade ainda em muitos estados no Brasil e não foi a realidade para Gregório em 1997, quando foi levado a inúmeras delegacias de polícia.

Gregório conta que os presos eram submetidos à tortura, que à época era institucional. Os métodos de tortura da ditadura militar continuavam a ser usados dentro das delegacias de polícia, onde, nas palavras de Gregório, os presídios eram verdadeiros depósitos de gente com situação extremamente precária, e o cárcere se transformava em uma verdadeira masmorra de tortura.

Conforme orientação da Corte, os Estados deveriam preparar seus funcionários para o tratamento com os presos provisórios, para que sejam respeitados o princípio da presunção de inocência e dignidade da pessoa humana. Porém, de acordo com Gregório, o tratamento recebido dentro das delegacias de polícia que passou era extremamente hostil e agressivo, onde presos eram tratados que nem lixo e submetidos à tortura.

Em entrevista, alega que durante sua prisão provisória, não teve acesso à educação, saúde ou higiene. Ficou preso em uma cela de quatro metros por quatro metros com quarenta e cinco pessoas, (três pessoas por metro quadrado), onde o banheiro se resumia a um cano saindo pela parede e um buraco no chão para as necessidades.

Em recomendação, a Corte diz que os centros de detenção devem apresentar condições dignas para garantir a dignidade da pessoa do preso, que deve ter acesso a saúde e higiene, no entanto, isso não ocorre na prática. Em relação à saúde, Gregório é taxativo:

Não tem saúde. Não tem nenhuma. Para você ter ideia, eu fiquei nove anos no regime fechado e nunca tive nem um dentista, nunca passei por um médico, nunca tive um psicólogo. Só o que teve foi para fazer o exame criminológico. Não existe, simplesmente não existe acesso à saúde no sistema prisional (ANDRADE, Gregório. Entrevista).

De acordo com o entrevistado, não houve diferenciação em tratamento na prisão provisória e no cumprimento de pena em regime fechado. Ficando evidente a utilização da prisão preventiva como antecipação da pena, sem que haja qualquer cuidado com a pessoa privada de liberdade.

Conforme orientação da Corte, os presos provisórios devem ter acesso à educação, no entanto, a realidade dentro das delegacias de polícia, centros de detenção e presídios é bastante diferente. Gregório conta que completou o ensino fundamental e o ensino médio dentro do presídio. No entanto, garante que nada do que conseguiu foi pelo Estado, mas como gosta de dizer, foi apesar do Estado. Diz ainda que conseguiu estudar com ajuda de pessoas civis que trabalham para o Estado e que se comoveram com sua história e força de vontade.

Conta que escreveu cartas para a secretária de educação de minas pedindo por um professor. A secretária disse que não seria possível conseguir um professor, mas que enviaria as apostilas e material para que ele pudesse estudar e concluir o ensino fundamental para depois fazer um supletivo do ensino médio. Estudou sozinho e conseguiu, no entanto, precisou enfrentar mais uma barreira do Estado para conseguir cursar a faculdade de direito.

Escreveu para o juiz pedindo autorização para sair e estudar, porém recebeu como resposta uma transferência para o presídio de segurança máxima com a justificativa de que ele estava atrapalhando e pedindo demais. Mas isso não o impediu de continuar o sonho de estudar, então, quando foi para o regime semiaberto, pediu a outro juiz, que o deixou estudar.

Diferentemente do que a Corte determina, no Brasil a situação prisional é uma luta por sobrevivência física e intelectual. No relatório de 2013, a Corte defende a necessidade de assistência ao preso provisório no sentido de garantir acesso a direitos básicos, como por exemplo, direito à educação. Porém, na realidade, depende unicamente da vontade do preso correr atrás de estudo sob risco de transferência para segurança máxima.

Ainda, de acordo com orientação da Corte, é essencial que se ofereça atividades laborais ao preso. Porém, na realidade, muito pouco é oferecido. Segundo o entrevistado, quando se fala em “dar emprego para preso” significa colocá-lo para varrer rua, ou como mão de obra barata dentro do presídio. No entanto, Gregório questiona essa realidade e sugere que sejam colocados centros profissionalizantes dentro dos presídios, para que as pessoas privadas de liberdade tenham oportunidades reais ao sair do encarceramento. Em suas palavras:

E precisam ser oportunidades reais, não é “ah, vou dar trabalho para o preso, vou botar para varrer rua” o cara vai mudar a vida varrendo rua? Não que varrer rua seja um trabalho indigno, não é, muita gente ganha a vida varrendo rua, mas por que que não pode ser mais? Por que é que não pode fazer um curso profissionalizante dentro do presídio? Por que é que não pode colocar laboratórios de faculdades dentro do presídio? (ANDRADE, Gregório. Entrevista)

Gregório coloca que, se o Estado não fizer nada pelo preso, provavelmente ninguém o fará. Como exemplo, o advogado usa a metáfora de uma pessoa que sempre comeu amargo, ela não sabe como o doce é bom, para aquela pessoa o amargo é a única coisa que ela conhece.

Dessa forma, a pessoa que tem apenas contato com o mundo do crime dentro e fora do encarceramento, não sabe o que é ter outra opção e não vai lutar por ela, não por que não quer, e sim por não saber que ela existe. Por isso, é fundamental que o Estado aja como garantidor de direitos e ofereça oportunidades melhores para aqueles que estão sob sua custódia.

Às vezes acontece, que o único contato que o cidadão teve com o Estado, foi o braço armado do Estado e o braço que julgou. O braço que deveria levar para ele o remédio, a educação, a inclusão e a cultura, passou longe (ANDRADE, Gregório. Entrevista).

Ainda nas recomendações, a Corte determina que o estado deve investir em políticas que visem à redução da prisão preventiva, e trabalhar na melhoria do sistema penal carcerário, para que possam oferecer condições mínimas compatíveis com a dignidade da pessoa humana. Porém, conforme bem coloca Gregório, o Estado gasta mais dinheiro para manter pessoas presas do que para evitar que sejam presas.

Então, assim, o que a gente tem que pensar é que modelo é esse de segurança pública, de prisões que a gente está tendo. Por que a gente na realidade, a sociedade, sobretudo a brasileira está gastando um dinheiro enorme para deixar pessoas piores. Porque o preso custa muito caro para o Estado e para a sociedade, ele custa muito caro mesmo. A gente coloca essas pessoas lá, que já não tiveram acesso a nada, não são incluídas em nada, para que no sistema prisional se tornem piores, é isso que está acontecendo. Eles detêm o cidadão por um determinado período e depois solta ele capacitado criminalmente e revoltado (ANDRADE, Gregório. Entrevista).

De início, Gregório foi assistido por um advogado particular, depois pela defensoria pública e posteriormente ele assumiu a própria defesa, conseguindo progressão de regime e liberdade condicional. O advogado vê a defensoria como forte, no entanto, afogada pela imensidão de processos; sendo assim, não é viável dar a devida atenção à todos os processos da melhor forma possível.

Segundo ele, isso se deve à não excepcionalização da prisão preventiva, e à não aplicação de outras medidas cautelares trazidas pela Lei 12.403 de 2011. Dessa forma, é possível perceber um inchaço do sistema prisional e de presos provisórios por crimes de baixíssimo potencial ofensivo, aos quais caberiam outras medidas cautelares.

Quando perguntado sobre qual a sua visão hoje como advogado da prisão provisória, o advogado é categórico:

Veja bem, nós prendemos muito e prendemos mal. Hoje nós temos, de acordo com o CNJ, o total de 654.372.00 presos no Brasil e o total de presos provisórios é de 221.054.00, então quase metade dos presos no país é preso provisório, que é igual preso sem condenação, a gente tem que entender isso. Sem o devido processo legal, sem o princípio do contraditório e ampla defesa, que são preceitos balizares de qualquer ordenamento jurídico no mundo. É o devido processo legal, você só pode ser considerado culpado depois de uma sentença condenatória transitada em julgado. Quando a gente lê preso provisório, a gente tem que ler preso sem condenação, é preso ilegal. Atenta contra qualquer norma de direitos humanos do mundo. (...) Ou seja, se esses presos estão lá sem uma condenação, sem direito ao devido processo legal, eles estão em um processo ilegal. É o Estado sendo marginal. E se a gente pegar esses números vai ver que a maioria é tráfico de drogas ou contra o patrimônio. Mais uma vez, a gente prende muito e prende mal (ANDRADE, Gregório. Entrevista).

A partir da entrevista realizada com Gregório, é possível perceber que as orientações da Corte não são aplicadas, nem quanto à situação do cárcere, nem quanto ao uso de outras cautelares ou até mesmo na separação de investigação e detenção. Dessa forma, temos a realidade exposta acima, onde presos são tratados que nem lixo e esquecidos pelo Estado, tem-se evidentemente a prisão preventiva utilizada como resposta à criminalidade e “limpeza social”.

CONCLUSÃO

O objetivo central deste trabalho foi analisar, de forma crítica, a prisão preventiva e suas consequências sociais no plano dos direitos humanos a partir das orientações e decisões da CIDH e seu funcionamento real no Brasil, através de entrevista realizada com advogado criminalista e ex-detento.

Como norte para a pesquisa, foi utilizado o princípio da proporcionalidade e seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). A partir da compreensão deste princípio e de sua importância para a aplicação da prisão preventiva, foi realizada análise da prisão em dois casos concretos julgados pela CIDH.

É possível perceber que o sistema de encarceramento em massa que assola o Brasil e outros países da América Latina está diretamente relacionada à disfuncionalidade do sistema de justiça criminal (em grande parte devido a não aplicação correta do princípio da proporcionalidade), e às inúmeras violações de direitos das pessoas privadas de liberdade preventivamente com status jurídico de inocentes, os presos provisórios.

Como exposto na tese, por meio de análise feita pelo INFOPEN, é possível perceber que 40% da população carcerária do Brasil é de presos provisórios, isso significa que quase a metade dos presos no Brasil são presos sem julgamento, presos com status jurídico de inocente, evidenciando assim, a falha do Estado na garantia de direitos fundamentais através da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Assim, é fácil concluir que a prisão preventiva representa uma das causas para o encarceramento em massa. Ainda, é possível perceber que a prisão preventiva é utilizada como principal forma de encarceramento, servido de resposta imediata à criminalidade através da manifestação do poder coercitivo do Estado.

Apesar do Sistema Interamericano de Direitos Humanos possuir consolidada jurisprudência e orientações sobre os limites da aplicação da prisão preventiva, com objetivo de reduzir a prisão, a realidade é bastante diferente. Por meio de entrevista realizada com ex-

detento, é possível perceber que o sistema carcerário no Brasil não tem na prática nenhuma orientação aplicada, violando constantemente os direitos humanos.

Para definir as orientações e os limites para aplicação da prisão preventiva, a CIDH se baseia nos princípios da presunção de inocência e direito à liberdade individual, no entanto, como visto ao longo do trabalho, esses princípios são completamente ignorados na prática.

Ainda, de acordo com a CIDH, a prisão preventiva deve ser utilizada apenas como última ratio, e deve pautar-se nos princípios da proporcionalidade e seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). No entanto, o que se vê é o total descaso e nenhum cuidado com os direitos humanos dos presos provisórios, que vivem por tempo indeterminado a realidade carcerária precária do sistema penal brasileiro.

Pode-se perceber, de acordo com pesquisa já apresentada, que 61,67% dos presos são negros e pobres na faixa de 19 a 26 anos. Dessa forma, é fácil perceber que a prisão é extremamente seletivista e, especificamente, a prisão preventiva é utilizada como resposta à criminalidade, com intuito de tirar das ruas aquilo que não se quer que seja visto, fazendo verdadeiramente uma “limpeza” social.

Por meio de uma análise da teoria clássica da pena, sob o prisma da teoria crítica de Juarez Cirino dos Santos, fica evidente a ineficácia do sistema penal brasileiro como um todo, incluindo a prisão preventiva, que é um dos grandes motivos para o encarceramento em massa.

Após a leitura da presente tese monográfica, fica evidente que a prisão preventiva não cumpre nem de longe sua função pretendida, pelo contrário, é extremamente punitivista. O princípio da proporcionalidade passa longe de qualquer centro de detenção brasileiro, a necessidade é de quem manda prender, a adequação é para sociedade e a proporcionalidade em sentido estrito não existe.

Dessa forma, é possível perceber que a prisão preventiva e o sistema penal como um todo atingem apenas uma determinada classe de pessoas (segundo dados do Censo Penitenciário

Nacional, 95% da clientela do sistema são de presos pobres¹⁰⁶) descumprindo de todas as maneiras seus objetivos processuais centrais.

¹⁰⁶ Nível socioeconômico da clientela dos sistemas; Censo Penitenciário Nacional 1994; Ministério da Justiça/Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 1994, p. 65.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais. PALESTRA PROFERIDA NA FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA, Rio de Janeiro, 10/12/1998. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006

ANDRADE, Gregório. Entrevista concedida para Marina Bartlewski Moreira da Costa no âmbito da presente monografia.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva – Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. *In*: FERNANDES, Og. (Coord.). **Medidas cautelares no processo penal**: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103 n. 408, p. 381-408 jan/dez 2008, p. 381

BARLETTA, Junya Rodrigues. A prisão provisória como medida de castigo e seus parâmetros de intolerabilidade à luz dos direitos humanos. 2014. – Tese (Doutorado em Direito) – PUC, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0921361_2014_completo.pdf

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Lucia Guidicini & Alessandro Berti Contessa. Rev. Roberto Leal Ferreira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Artigo 5º, inciso LIV. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. Intervenção Federal nº 2.915-5 – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, In: **Direito Público**, v. 1, n.1, p. 159-161, Porto Alegre: Síntese, 2003.

BRASIL. **Regras de Mandela**: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2016/06/Regras-de-Mandela-1.pdf>

CARVALHO, Cláudia Bonard de. Aplicação da audiência de custódia no Brasil diante das experiências internacionais, estudo comparativo. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo (Orgs.) **Audiência de Custódia**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2017.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro – Fundamentos e Aplicação Judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1998.

CHOUKR, Ana Claudia Ferigato; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano; PRADO, Geraldo (Orgs.). **Processo, Penas e Garantias**: Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

CIDH. **Caso Bayarri vs. Argentina**. Sentencia de 30 de octubre de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf

CIDH. **Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador**. Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf

CIDH. **Guia prático sobre medidas destinadas a reduzir a prisão preventiva.** Relatoria sobre os Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/GUIA-PrisaoPreventiva.pdf>

CIDH. **Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas.** CIDH, 2013, Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>

CIDH. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos/Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Brasília: Ministério da Justiça, 2014

CIDH. **Relatório sobre os Direitos Humanos das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas.** CIDH, 2011. <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>

CIDH. **Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas.** CIDH, 2013. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/relatorio-pp-2013-pt.pdf>

COMO se prende no Brasil. Produção: Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. São Paulo: JOÃO E MARIA DOC, 2014. Disponível em: <http://ittc.org.br/como-se-prende-no-brasil/>

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional.** 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 221

DIP, Andrea. Prende primeiro, pergunta depois, **Agência Pública**, 4 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://apublica.org/2015/02/presosprovisorios/>

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón.** Madrid: Ed. Trota, 1995

_____. **Direito e razão:** Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Direito e Razão:** Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Direito e Razão:** Teoria do Garantismo Penal, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

GOMES, Luiz Flávio. **Limites do "Ius Puniendi" e Bases Principiológicas do Garantismo Penal**. Material da 1ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais – UNISUL – IPAN – REDE LFG.

INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN – Dezembro 2014**. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

IPEA. Relatório final de atividades da pesquisa sobre reincidência criminal, conforme Acordo de Cooperação Técnica entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Ipea (001/2012) e respectivo Plano de Trabalho. Rio de Janeiro: Ipea, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional** – v.1. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Direito processual penal**. 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2014

_____. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**: Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 125.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 6ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MORAES, Maurício Zanoide de. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. **Revista do Advogado**, São Paulo, n.113, p.92-100, set. 2011.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A nova sistemática das medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro. *In: Doutrina: Edição Comemorativa 25 anos*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014, p.119-160.

PASTOR, Daniel R. Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 52, jan. 2005 p. 293.

RAWLS, John. Uma teoria sobre a justiça. Martins Fontes, São Paulo, 2000.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 5ª ed. Curitiba: Conceito, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p.23-50, abril 2002.

SIQUEIRA, Tatiana Paula Cruz de. Um Breve Estudo Sobre a Natureza Jurídica das Prisões Cautelares No Processo Penal. **Lex Magister**, São Paulo, 27 de outubro de 2015. Disponível em:
http://www.lex.com.br/doutrina_27036953_UM_BREVE_ESTUDO SOBRE A NATUREZA JURIDICA DAS PRISOES CAUTELARES_NO_PROCESSO PENAL.aspx Acesso em:

STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal** – v. 3, 34ª. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ANEXO 1 – ENTREVISTA COM GREGÓRIO ANDRADE

Ma: Você ficou 16 anos no sistema prisional, quantos deles foram de prisão preventiva?

Greg: Eu passei 3 e meio em prisão preventiva.

Ma: Quais eram as diferenças no tratamento da prisão preventiva e do cumprimento de pena?

Greg: Acaba que cadeia aqui no Brasil é tudo falido, um caos. Quando eu comecei a cumprir sentença, eu comecei em delegacia de polícia, na época ainda era a polícia civil que fazia a custódia de presos. E eu fiquei muito tempo em delegacia de polícia, indo de uma para outra e sem acesso aos direitos que o preso tem, por exemplo a questão da remissão, trabalho, estudo. Tudo que o preso definitivo já tenha direito, mas o preso provisório sequer tem o direito. Geralmente hoje, a realidade hoje em Minas é que os presos ficam em centros de detenção provisória, que não tem professor, não tem trabalho, é um depósito de gente, realmente, as condições são extremamente precárias.

Ma: Com quantas pessoas você dividiu cela?

Greg: Quando eu comecei, vou falar da minha realidade, mudou alguma coisa, mas eu fiquei em uma delegacia de polícia em uma cela de 4 metros por 4 metros com pé direito mais alto com 45 pessoas. O banheiro era um cano saindo da parede onde saía água e um buraco no chão para fazer as necessidades.

Ma: Como era o tratamento dos profissionais que trabalhavam, os carcereiros e os delegados?

Greg: Nossa, era, ainda é horrível, mas na minha época ainda era pior. Era tortura mesmo, tortura institucionalizada. A tortura que foi institucionalizada no regime militar e depois foi usada no serviço da polícia civil, com quem ficava a custódia, para poder fazer, por exemplo, as investigações. Então o cárcere se transformava em uma verdadeira masmorra de tortura. A instituição que fazia a investigação é que ficava com a guarda do preso. Ainda há muitos estados em que a polícia civil detém a custódia dos presos provisórios, em Minas, no RJ e em SP não é mais.

Ma: Quais foram os fundamentos para a sua prisão preventiva, estavam dentro dos três estabelecidos por lei, risco de fuga, coação de testemunhas e destruição de provas?

Greg: Não, na realidade a prisão preventiva hoje se tornou uma regra. Antigamente, na minha época, o preso poderia ficar em prisão em flagrante por muito tempo, se caso o juiz não julgasse em tempo hábil, ele tinha que converter a prisão em preventiva, mas isso demorava e às vezes o flagrante perdurava por 6, 7, 8 meses. Hoje em dia tem a audiência de custódia, onde o preso em flagrante é apresentado ao juiz e nesse momento é realizada ou não a conversão da prisão em flagrante para a prisão preventiva. Mas geralmente são aqueles argumentos genéricos, a periculosidade em abstrato, ordem social, tudo cai na periculosidade em abstrato.

Ma: Você estudou tanto o ensino médio quanto a faculdade no sistema prisional, tudo dependeu de você ou teve algum auxílio do Estado?

Greg: Não, na realidade eu costumo falar isso, se eu consegui alguma coisa, não foi pelo Estado, foi apesar do Estado. O Estado nada fez, algumas pessoas que trabalham no Estado, com ações pessoais, me ajudaram, mas o Estado em si não me ajudou.

Ma: Você foi defendido por defensor público ou por advogado particular? Como você classifica a atuação da defensoria?

Greg: No início foi advogado particular, depois a defensoria pública e depois eu assumi a minha defesa. A defensoria, ela existe, a defensoria é forte, mas ela é pequena pelo volume de trabalho. Eu tenho, por exemplo, hoje, professores que são defensores, pessoas que são extremamente competentes, extremamente técnicas, mas diante do volume de trabalho é impossível dedicar, porque o processo precisa de dedicação. O processo não é um copiar e colar, tem que haver dedicação e quando não tem, é muito complicado. O problema é que há muitos defensores públicos bons, mas a defensoria é pequena diante da imensidão do caos, tendo em vista a prisão preventiva. A Lei 12.403, essa lei, ela veio para desafogar o sistema. Por essa lei, o juiz deve, ao analisar o processo, e quando não couber a prisão preventiva, aplicar qualquer outra medida cautelar disposta no artigo, mas o problema está aí, porque tudo virou preventiva, para nada cabe outra cautelar. Ai você vê crimes de baixíssimo potencial ofensivo em regime preventivo.

Ma: Como foi a sua progressão de regime?

Greg: Eu que fiz minha defesa, foi fechado para o semiaberto, depois do semiaberto para o aberto e consecutivamente a condicional e depois a extinção de punibilidade. Em todos esses caminhos, fui eu quem peticonei para mim mesmo.

Ma: Como você poderia relatar a sua vivência no cárcere, desde o início até hoje como advogado criminalista?

Greg: Eu não me vejo como uma pessoa diferente de ninguém, não sou mais inteligente, nem melhor, pelo contrário. Se você olhar no sistema penitenciário hoje vai ter gente muito melhor, que ta perdendo a juventude, perdendo a vida, perdendo literalmente a chama de viver. Eu não sou melhor do que ninguém, eu apenas tive algumas oportunidades, e no momento em que foram ofertadas eu soube aproveitar. Mas essa questão de oportunidade não é só dar trabalho para preso, só estudo ou só olhar a família do cidadão que ficou ali fora, é um conjunto. O preso, quer dizer, ser humano, é um conjunto de emoções, não adianta você só dar o trabalho, só dar o estudo, não é só disso que a gente vive. Nós somos seres complexos na sua concepção, então se o Estado quer realmente fazer alguma coisa para recuperar, recuperar não, para incluir essas pessoas que estão no sistema prisional, passa pelas oportunidades que são ofertadas. E precisam ser oportunidades reais, não é “ah, vou dar trabalho para o preso, vou botar para varrer rua” o cara vai mudar a vida varrendo rua? Não que varrer rua seja um trabalho indigno, não é, muita gente ganha a vida varrendo rua, mas por que que não pode ser mais? Por quê que não pode fazer um curso profissionalizante dentro do presídio? Por quê que não pode colocar laboratórios de faculdades dentro do presídio? Por que não profissionalizar essa massa de pessoas desvalidas que nunca tiveram acesso a nada, para que tenham pelo menos acesso a uma única oportunidade? Às vezes acontece, que o único contato que o cidadão teve com o Estado, foi o braço armado do Estado e o braço que julgou. O braço que deveria levar para ele o remédio, a educação, a inclusão e a cultura, passou longe. Então, eu vejo que essas oportunidades, se forem oferecidas de uma forma honesta pelo Estado, não dessa forma que acontece, que é uma mentirada. Que fala que vai dar trabalho para o preso e coloca ele em um canteiro de obras. Aí querem fazer o presídio privatizado para poder explorar a mão de obra do preso. Então, assim, o que a gente tem que pensar é que modelo é esse de segurança pública, de prisões que a gente está tendo. Porque a gente na realidade, a sociedade, sobretudo a brasileira, está gastando um dinheiro enorme para deixar as pessoas piores. Porque o preso custa muito caro para o Estado e para a sociedade, ele custa muito caro mesmo. A gente coloca essas pessoas lá, que já não tiveram acesso a nada, não são incluídas em nada, para que, no sistema prisional, se tornem piores, é isso o que está acontecendo. Ele detém o cidadão por um determinado período e depois solta ele capacitado criminalmente e revoltado.

Ma: Quais foram as dificuldades que você enfrentou para conseguir completar todo o seu estudo?

Greg: Nossa, primeiro não tinha professores, daí eu escrevi para a Secretaria de Educação do Estado de Minas e ela se comoveu com a minha carta e me mandou uma outra carta dizendo que não tinha como mandar um professor para lá. Mas disse que mandaria os módulos de estudos para você fazer o supletivo do ensino médio e fundamental, porque eu tinha quarta série só, para que eu estudasse sozinho. E foi o que eu fiz, não tive professores. E aí eu fui e consegui fazer meu ensino médio e fundamental e aí na hora de fazer a faculdade foi um outro problema. O juiz não queria deixar eu sair para ir nas aulas, ele não só não deixou, como me transferiu para o presídio de segurança máxima porque eu estava insistindo muito com ele. Mas eu continuei meu sonho e mais na frente quando eu ganhei o semiaberto, eu tive a oportunidade de conhecer um outro juiz que deixou eu estudar.

Ma: Durante o tempo em que você conseguiu estudar, houve outros presos que tiveram acesso também?

Greg: As coisas na vida da gente só têm significado quando a gente conhece, quando você conhece o doce, você sabe que o amargo não é bom. Se você comer a vida inteira comida amarga, você não vai conhecer o doce. Então, o que eu quero dizer com isso, é que essas pessoas que estão lá por falta de acesso e por falta de sensibilização de que o estudo é importante, de que capacitar é importante, de que pode dar uma outra trajetória na vida a não ser o crime. Se essas pessoas não têm esse acesso, não tem esse click, não tem essa oportunidade de conhecer o outro lado da vida, que não o crime e as drogas, elas não vão correr atrás. Não tem como correr atrás daquilo que ele não conhece, daquilo que ele não vê como importante para si. Às vezes os únicos professores que eles conhecem são aqueles da rede pública de ensino, que ganham mal, que não estão nem aí, que tem o salário parcelado, que não tem motivação. A escola que ele conhece é a escola da periferia, não é a escola que tem professores bacanas, que tem atividades lúdicas, não é, não é essa escola. Então o que esperar deles? A gente tem que esperar do Estado. É óbvio que tem alguns presos, assim como eu, que conseguiram estudar e mudar de vida, mas a grande maioria volta para o crime por falta de opção.

Ma: Como funciona o acesso à saúde, se alguém precisa de assistência ela tem ou é totalmente omissa essa questão?

Greg: Não tem saúde. Não tem nenhuma. Para você ter ideia, eu fiquei nove anos no regime fechado e nunca tive nem um dentista, nunca passei por um médico, nunca tive um psicólogo.

Só o que teve foi para fazer o exame criminológico. Não existe, simplesmente não existe acesso a saúde no sistema prisional.

Ma: Qual a sua visão hoje como advogado da prisão provisória e da utilização do princípio da proporcionalidade para a estipulação de prazo?

Greg: Veja bem, nós prendemos muito e mal. Hoje nós temos de acordo com o CNJ o total de 654.372.00 presos no Brasil e o total de presos provisórios é de 221.054.00, então quase metade dos presos no país é preso provisório, que é igual preso sem condenação, a gente tem que entender isso. Sem o devido processo legal, sem o princípio do contraditório e ampla defesa, que são preceitos balizares de qualquer ordenamento jurídico no mundo. É o devido processo legal, você só pode ser considerado culpado depois de uma sentença condenatória transitada em julgado. Quando a gente lê preso provisório, a gente tem que ler preso sem condenação, é preso ilegal. Atenta contra qualquer norma de direitos humanos do mundo. A gente pega ditaduras que se tem notícias em estados fechados, que não tem esse número de presos, porque eles respeitam minimamente isso, a pessoa só é considerada culpada depois do devido processo legal. Ou seja, se esses presos estão lá sem uma condenação, sem direito ao devido processo legal, eles estão em um processo ilegal. É o Estado sendo marginal. E se a gente pegar esses números vai ver que a maioria é tráfico de drogas ou contra o patrimônio. Mais uma vez, a gente prende muito e prende mal. A gente deveria fazer uma releitura da questão das drogas, o Estado já perdeu, ele não tem como controlar isso. Não vai ser uma legislação que vai controlar o apetite do homem, então enquanto existir gente para comprar, vai existir gente para vender e ponto. Se não me engano, 35% dos presos é por tráfico de drogas e 21% é por crime contra o patrimônio, ou seja, quase 50% são crimes de baixíssimo potencial ofensivo. Crime contra o patrimônio é um crime contra o que você comprou e não contra a sua vida. E em contrapartida, os crimes contra a vida e contra a liberdade sexual, por exemplo, são deixados de lado, em segundo plano, à margem. Menos de 6% dos homicídios chega a uma autoria no final, é muito pouco. Enquanto isso a gente está prendendo quem tá vendendo droga na esquina, quem está roubando celular.